Canadian Human Rights Commission : Legal report

[Title supplied by the cataloguer]

103-01937/

LEGAL REPORT 2001

MARCH 15, 2002

FINAL DRAFT

INTRODUCTION 4

TRIBUNAL RESOLUTION OF COMPLAINTS 8
Sex 8
Sexual Harassment 15
Disability 16
Race/Ethnic or National Origin 32
Age 43
Internet Communication of Hate Messages 44

TRIBUNAL INTERIM ORDERS 52
Withdrawal of a Party Before Hearing 52
Expert Witnesses 55
Medical Records 57
Application of *CHRA* to House of Commons 58
Concurrent Jurisdiction 59
Impact of Bell Decision (Trial Level) 60

PROCEDURAL AND INTERLOCUTORY MATTERS 62
Application of *CHRA* to First Nations 62
Discovery of Documentary Evidence 64
Bell Canada Decisions 65

JUDICIAL REVIEW OF COMMISSION DECISIONS 66
Complaint Form 67
Minimal Grounds to Support a Claim 67
Procedural Fairness 68
Fundamental Omission 70
Cross Disclosure of Party Responses 72
Confidential Nature of Conciliation 74
Legal Error 77
Capricious or Unreasonable Decisions 78

JUDICIAL REVIEW OF TRIBUNAL DECISIONS 80
Impartiality and Independence of Tribunal 80
Fair Process Under *Bill of Rights* 84
Stay of Proceedings 86
Application of *CHRA* to House of Commons 87
New Qualifications for Tribunal Members 90
Questions of Fact and Law 91
Meaning of *Same Establishment* in Pay Equity Disputes 93
Calculation of Lost Wages 96

OTHER HUMAN RIGHTS DECISIONS 99
Spousal Benefits 99
Access to Employment Insurance Benefits 201
Sexual Orientation 105
Mandatory Retirement 108
R. v. Latimer 112
Obesity as a Disability 114

INTERNATIONAL LAW 116

INTRODUCTION

This Legal Report covers a broad range of issues dealt with by the Human Rights Tribunal, the Federal Court, the Supreme Court of Canada and other courts of record and administrative tribunals. Its sole purpose is to provide a review and discussion of recent decisions related to the *Canadian Human Rights Act*[i], the impact of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[ii] on equality concerns, and other human rights legislation. It does not represent a legal opinion regarding the matters discussed, nor necessarily the views of the Commission.

The Report begins with a review of Tribunal decisions relevant to the resolution of complaints. These cases are ordered under the heads of discrimination alleged in each case. One such case concerns the impact of a 30 week cap on special benefits (illness, maternity and parenting) available under Employment Insurance.[iii] The lack of evidence supporting the reasonableness of this limitation was cited by the Tribunal in reaching the conclusion that the 30 week cap adversely affected a woman complainant whose pregnancy also coincided with illness. However, in a another case involving female complainants whose unemployment coincided with pregnancy, the Tribunal upheld the validity of a cap imposed on receiving a combination of regular and special benefits under the Employment Insurance Plan.[iv] The importance of evidence (both direct and circumstantial) in the establishment of a *prima facie* case, as well as the need for a respondent to provide a reasonable justification for a decision not to hire, is explored in another decision that turns upon its particular facts rather than the discriminatory impact of statutory provisions.

The mandatory inclusion in income (under the *Income Tax Act*[v]) of certain grants to disabled students is the focus of another decision of the Tribunal.[vi] It explores the public policy considerations behind special grants to disabled students, provisions in the *Income Tax Act* and their actual impact on the specific complainant, the Tribunal ultimately upholding the validity of the tax rule in question. Three other decisions reviewed illustrate the principle that an employer must make reasonable accommodation to a disabled employee up to the point of undue hardship. One involved stress and depression-related illness[vii], and another dealt with the Armed Forces

---

[i] *Canadian Human Rights Act,* R.S.C. 1985, c. H-6.[hereinafter *CHRA*]

[ii] *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11[hereinafter *"Charter"*].

[iii] See *McAllister-Windsor infra* note 36 and accompanying text.

[iv] See *Popaleni infra* note 41 and accompanying text.

[v] *Income Tax Act*, R.S.C. 1985 (5th Supp.), c.1.

[vi] See *Wignall infra* note 58 and accompanying text.

[vii] See *Stevenson infra* note 65 and accompanying text.

and its response to members diagnosed with heart problems[viii], while the last involved extensive absenteeism due to a work-related injury.[ix] Alcoholism as a disability was recognized in another Tribunal decision[x], though on the facts of the case it was found to be extraneous to a refusal to hire. The treatment of transsexuals by Correctional Services, specifically its policies denying access to sex reassignment surgery and the placement of pre-operative transsexuals in penitentiaries as a function of their biological sex, was also examined in detail by the Tribunal.[xi] In a carefully worded decision, the Tribunal identified those policy elements that were discriminatory based on sex and disability.

Cases involving race, ethnic or national origin provide an overview of evidentiary matters relevant to establishing a *prima facie* case of discrimination, issues surrounding systemic discrimination and its proof, the use of expert testimony, retaliatory acts, and the assessment of witness credibility. The establishment of a *prima facie* case was also central to the one decision included in this Report relevant to discrimination based on age, a decision that once again involved policies and practices of the Armed Forces (this time with respect to promotion from one rank to the next).[xii]

A major decision of the Tribunal regarding the telephonic communication of hate messages completes this particular section of the Report.[xiii] A crucial issue at the heart of this decision is whether or not messages repeatedly communicated by way of the Internet fall within the scope of the term Atelephonic@, found in section 13(1) of the *CHRA*. In deciding that they do, the Tribunal reviewed in detail past Supreme Court decisions relevant to hate propaganda and the underlying purposes of human rights legislation. The Tribunal also assessed the restrictions on freedom of speech that flow from sanctioning the communication of hate messages, concluding that any limitations imposed by section 13(1) are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society (within the meaning of section one of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

A variety of issues are included under sections dealing with Tribunal interim orders and procedural matters. Among other things, the decisions included here examine the applicability of the *Canada Evidence Act*[xiv] (expert witnesses)[xv], rules governing access to medical records[xvi],

---

viii See *Irvine infra* note 71 and accompanying text.

ix See *Eyerley infra* note 88 and accompanying text.

x See *Crouse infra* note 78 and accompanying text.

xi See *Kavanagh infra* note 80 and accompanying text.

xii See *Morris infra* note 116 and accompanying text.

xiii See *Zundel infra* note 118 and accompanying text.

xiv *Canada Evidence Act,* R.S.C. 1985, c. C-5.

xv See *GNWT No. 9 infra* note 148 and accompanying text.

the impact of a party=s withdrawal prior to the hearing[xvii], the application of the *CHRA* to the House of Commons[xviii], the impact of the Bell decision (regarding Tribunal impartiality and independence) on other hearings[xix], the application of the *CHRA* to First Nations[xx], and questions regarding pre-hearing discovery of documents.[xxi]

Federal Court decisions related to the Commission=s exercise of its statutory duties and authority are also covered. When receiving complaints, conducting investigations and making decisions to proceed or not to adjudication, the Commission is obliged to respect standards of procedural fairness appropriate to its administrative functions. The cases discussed here range across the various dimensions of fairness and reasonable conduct that apply to the Commission=s processing of complaints, providing a synoptic view of the types of problems that may arise and the judicial responses to them.

The Federal Court also considers appeals from decisions of the Human Rights Tribunal. Recent cases covered in this section of the Report include the well known Bell decision that had placed in question the impartiality and independence of the Tribunal.[xxii] That Federal Court (Trial Division) decision has now been overturned by the Federal Court of Appeal, thus resolving difficulties that had delayed the adjudication of complaints generally.[xxiii] Other cases reviewed include one challenging the new qualifications for Tribunal members (on grounds that the new qualifications created bias[xxiv]), a case that questioned the applicability of the *CHRA* to the House of Commons[xxv], and various others involving fair process, questions of fact and law, and stays of procedure. Of particular importance for pay equity issues is a decision of the Federal Court upholding a Tribunal decision about the meaning to be given to the expression Asame establishment@.[xxvi] The scope and meaning of this expression is central to the determination of comparator groups used to make comparisons between workers for the purposes of implementing section 11 of the *CHRA*.

[xvi] See *McAvinn No. 3 infra* note 155 and accompanying text.

[xvii] See *Sawyer No. 2 infra* note 141 and accompanying text.

[xviii] See *Vaid No. 1 infra* note 158 and accompanying text.

[xix] *Infra* note 165 and accompanying text.

[xx] See *Ermineskin infra* note 173 and accompanying text.

[xxi] See *Bradley-Sharpe infra* note 181 and accompanying text.

[xxii] See *Bell 2000 infra* note 226 and accompanying text.

[xxiii] See *Bell Decision infra* note 227 and accompanying text.

[xxiv] See *Zundel(FCA) infra* note 260 and accompanying text.

[xxv] See *House of Commons infra* note 250 and accompanying text.

[xxvi] See *Airlines infra* note 267 and accompanying text.

The Report includes an examination of a number of judgments decided under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In one case, the termination of pension benefits to a surviving spouse upon remarriage (which occurred prior to the coming into effect of section 15 of the *Charter*) was challenged as discriminatory based on marital status.[xxvii] The decision of the Nova Scotia Court of Appeal (rejecting the claim) explains the rule against retrospective application of the *Charter* to pre-*Charter* events, and explores the real nature of the distinction made between the plaintiffs and other remarried widows who benefited from the restoration of lost pensions. A decision of the Supreme Court of Canada is also included that deals with allegations of discrimination based on sexual orientation at a religiously-based university in British Columbia.[xxviii] The case involved rules of conduct for students enrolled at the university which proscribed homosexual relations that the British Columbia College of Teachers used to deny full accreditation to the university education program. The case is noteworthy for the manner in which the Supreme Court balances freedom of religion against the right to equality in deciding that the British Columbia College of Teachers had erred in making its decision. Also originating in British Columbia is a decision of the British Columbia Court of Appeal that deals with mandatory retirement and discrimination based on age.[xxix] While the Supreme Court of Canada dealt with this issue some years ago, the majority of the British Columbia Court of Appeal concluded that the Supreme Court decision did not stand for the proposition that all mandatory retirement schemes were valid if provincial human rights legislation allowed distinctions to be made on the basis of minimum or maximum age. It felt that the reasonableness of the mandatory retirement plan at issue in the case had to be assessed under section one of the *Charter*, even though British Columbia human rights legislation permitted the type of age discrimination reflected in the retirement plan.

Two decisions of administrative tribunals are also included in this section of the Report. One deals with the decision of an Umpire under the *Employment Insurance Act*[xxx] that the minimum requirement of 700 hours of employable earnings for access to regular or special benefits has a discriminatory impact on women.[xxxi] The other deals with a decision of the Canadian Transportation Agency regarding whether or not obesity should be considered a disability within the meaning of the *Canadian Transportation Act*[xxxii]. Finally, although the issues involved do not engage equality rights directly, the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Latimer*[xxxiii], concerning an accused=s second degree murder of his severely handicapped daughter, is

---

xxvii See *Bauman* infra note 283 and accompanying text.

xxviii See *TWU infra* note 299 and accompanying text.

xxix See *GRVD infra* note 312 and accompanying text.

xxx *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23.

xxxi See *Lesiuk infra* note 292 and accompanying text.

xxxii *Canadian Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10.

xxxiii *R.* v. *Latimer* (18 January 2001), 2001 SCC 1, No. 26980 (S.C.C.).

included. The decision is noteworthy for the Court=s interpretation of what constitutes cruel and unusual punishment under the *Charter*, and the comments the Court made about the vulnerability of the disabled victim.

Finally, the Report concludes with a review of some important matters relating to international human rights law. That section discusses Canada's participation in the creation and implementation of some international human rights covenants as well as some case law where international human rights conventions have been applied..

TRIBUNAL RESOLUTION OF COMPLAINTS

Sex

The discriminatory impact on women of legislative provisions governing access to special benefits under the *Unemployment Insurance Act*[xxxiv] (now known as the federal Employment Insurance Plan[xxxv]) was considered by the Tribunal in *McAllister-Windsor v. HRDC*.[xxxvi] Special benefits are available for limited periods of time in the case of pregnancy (15 weeks), illness (15 weeks) and with respect to parenting responsibilities (10 weeks at the time of this complaint). However, the maximum number of weeks for which special benefits are payable during a claimant's benefit period is limited to 30 weeks (at the time of this complaint). This is known as the anti-stacking rule.

In the *McAllister-Windsor* case, the complainant suffered from a medical condition known as incompetent cervix that made it difficult for her to carry a child to term. Her doctor advised her to remain in bed during her pregnancy in order to ensure that the child would be born successfully. She therefore stopped working and in the period leading to the birth of her child received 15 weeks of sickness benefits under the Employment Insurance Plan (EI) and long-term disability benefits under a plan offered by her employer. Following a successful birth the complainant received 15 weeks of EI maternity benefits. Upon her subsequent application for parental benefits, the complainant was informed that she had reached the maximum 30 weeks during which special benefits were payable (an eventuality about which she had been informed when first applying for EI benefits). As a result she was deemed ineligible to receive parental benefits.

In considering her complaint of discrimination based on sex and disability, the Tribunal reviewed in considerable detail the legislative history and purpose of special benefits. It determined that the enactment of special benefits departed from the underlying insurance principles of EI by introducing a social element into the scheme. This reflected evolving patterns in the labour market and gave due recognition to contingencies affecting employment other than involuntary loss of a job. As a result, special benefits were not made subject to the requirement applied to regular benefits that a claimant be ready, willing and able to work. Nevertheless, special benefits were considered limited in time just as regular benefits under EI.

Evidence before the Tribunal indicated that the period of maternity benefits was related to calculations about the time period during which women would normally require income support due to pregnancy. However, little or no evidence was presented concerning how the cap on illness or parental benefits was established, nor with respect to the cumulative maximum of 30

---

xxxiv *Unemployment Insurance Act*, R.S.C. 1985, c. U-I.

xxxv See *Employment Insurance Act*, *supra* note 30.

xxxvi *McAllister-Windsor* v. *Human Resources Development Canada* (9 March 2001) T.D. 2/01 (C.H.R.T.)[hereinafter *McAllister-Windsor*].

weeks applicable to any combination of special benefits during a claimant's benefit period.[xxxvii.1] The Tribunal found that the cumulative maximum of 30 weeks affected women exclusively due to the fact that only they were able to make a claim with respect to all three special benefits. This reality was reflected in statistics relevant to the 1998-99 fiscal year which showed that 2, 360 claims for special benefits were denied as a result of the anti-stacking rule and that in all cases the complainants were women.

In determining whether the anti-stacking rule discriminated against the complainant by reason of her sex and disability, the Tribunal first established the comparator group against which her situation would be assessed. It found that the proper comparator group consisted of all persons eligible for special benefits. In this regard, it was clear that the legislation under scrutiny treated all persons eligible for special benefits in exactly the same way: all were subject equally to the cumulative maximum of 30 weeks of benefits. However, the Tribunal concluded that "...while subsection 11(3) of the *Unemployment Insurance Act* is, on its face, a neutral rule, it has not just a disproportionate effect, but an exclusive adverse effect on pregnant women such as Ms. McAllister-Windsor, who have claimed EI sickness benefits. While some women affected by subsection 11(5) may not suffer from conditions that would qualify as disabilities within the meaning of the *Canadian Human Rights Act*, it is undisputed that Ms. McAllister-Windsor does."[xxxviii]

Having found a *prima facie* case of discrimination, the Tribunal then turned to consider if there existed a *bona fide* justification for the anti-stacking rule. It had no difficulty in concluding that the rule was rationally connected to achieving the underlying purpose of the special benefits provision, which sought to provide short-term income replacement in cases of pregnancy, illness and child-care responsibilities. It also ruled that, in light of evidence presented regarding the financial repercussions of removing the cap on special benefits, the anti-stacking rule had been enacted in good faith. However, the Tribunal took a different view as to whether the financial cost of removing the rule in order to accommodate women like the complainant would constitute undue hardship. As a general proposition, the Tribunal accepted that it is appropriate (in weighing undue hardship) "...to consider the effect any changes to the EI plan may have on premiums and premium payers, as well as the consequences that these effects may have on the viability of the plan."[xxxix] But this assessment had to be made by reference to evidence placed before the Tribunal. In this regard, the Tribunal found that "the rule against stacking benefits could very easily be absorbed by the surplus in the EI fund, without having any immediate impact on the contributors to the plan."[xl] Beyond this, there was no evidence before the Tribunal

---

[xxxvii]1 Although not directly related to the facts of the complaint, the Tribunal pointed out that the maximum benefit for parental responsibilities was raised (as of December 31, 2000) to 35 weeks; and the cumulative maximum was correspondingly adjusted upwards to 50 weeks. *Ibid.* at para. 15.

[xxxviii] *Ibid.* at para. 52.

[xxxix] *Ibid.* at para. 68.

[xl] *Ibid.* at para. 67.

"...as to what the cost of these changes would mean for premium rules, nor...any evidence of what the consequences of any increase in premiums would be for the contributors to the plan, or for the plan as a whole."[xli] As a result, the Tribunal found the evidence insufficient to establish that eliminating the anti-stacking rule so as to accommodate the complainant would cause undue hardship.

Having found discrimination, the Tribunal issued a two-pronged remedy. First, it ordered HRDC to stop applying the anti-stacking rule, but suspended the application of its order for a period of 12 months in order to allow HRDC to consult with the Commission about what measures could be put it place to avoid similar problems arising in the future, and to give Parliament the opportunity to remedy the problem in a manner it deemed appropriate. The Tribunal also awarded damages to the complainant for injury to feelings and self-respect in the amount of 2,500 dollars.

Total benefits collected under EI are also subject to a rule that does not permit the stacking of special and regular benefits beyond the maximum number of weeks for which regular benefits could be collected. The possible discriminatory effect of this rule was considered by the Tribunal in *Popaleni et al.* v. *HRDC*.[xlii] T.D. 3/01 (C.H.R.T.).[hereinafter *Popaleni*]. The case involved the complaints of two women who experienced a period of involuntary unemployment coinciding with their pregnancy. Their entitlement to regular benefits was reduced by the number of weeks of maternity benefits they had taken. They alleged that this discriminated against them based on sex or sex and family status since, but for having needed maternity or parental leave as a result of having children, they would have been entitled to full regular benefits.

The Tribunal again acknowledged that the main purpose of the *Unemployment Insurance Act* is to provide help to workers who involuntarily lose their jobs but who are otherwise capable of working. It also took note of how the scheme has evolved over a number of years so as to include benefits, on a limited basis, to those temporarily not able to work by reason of illness, childbirth or child care responsibilities.

In assessing the allegations of discrimination, the Tribunal concluded that the correct comparator group consisted of all those who participate in the EI plan. The argument establishing discrimination was thus summarized as follows: "Both Ms. Popaleni's and Ms. Janssen's entitlement to regular EI benefits was reduced by the number of weeks of maternity benefits and parental benefits they collected. This suggests that they may have had fewer weeks during which they were able to look for alternate employment, while receiving regular benefits, than others in the same geographical area, who had not had a baby and claimed special EI benefits. While this may appear at first blush to be adverse, sex-based differential treatment, closer inspection indicates that this is not in fact the case."[xliii]

[xli] *Ibid.* at para. 69.

[xlii] *Popaleni and Janssen* v. *Human Resources Development Canada* (9 March 2001),

[xliii] *Ibid.* at para. 48.

The Tribunal pointed out that a man who claimed sickness or parental benefits during a benefit period in which a claim for regular benefits was also made would be subject to the same adverse effects as the two complainants. This was more than theoretical, for the evidence before the Tribunal indicated that 35% of all claimants affected by the rule against stacking special and regular benefits were men. Similarly, the claim of discrimination based on family status as a mother could not be sustained, given the fact that fathers too would be affected by the rule should they apply for both regular and parental benefits. The Tribunal supported its conclusions by reference to a decision of the Federal Court of Appeal upholding the validity of another EI rule that established a cap of 30 weeks on total benefits where the number of weeks of eligibility for regular benefits was actually less.[xliv] In referring to that judgment, the Tribunal declared: "The gender-neutrality of the legislation was demonstrated by the fact that men who were injured while receiving regular EI benefits would also be subject to the 30 week limitation, as would fathers who had become unemployed, and were also claiming parental benefits."[xlv]

Even though the Tribunal dismissed the complaint because no *prima facie* case had been shown, it went on to consider whether a *bona fide* justification could have been established on the basis of the evidence heard. It first considered whether a rational connection existed between the rule against stacking special and regular benefits and the underlying purpose of the legislative provisions. The Tribunal took the view that it was nonsensical to condition the receipt of one type of benefit by reference to another type of benefit where the benefits were motivated for different purposes. The Tribunal was therefore unable to conclude that HRDC had established a rational connection between the purpose of this particular anti-stacking rule and the payment of benefits under EI legislation. Furthermore, the lack of evidence placed before the Tribunal on the financial consequences of removing the rule made it impossible to conclude that such an abolition would have created undue hardship. As a result, had the Tribunal found a *prima facie* case of discrimination (which it did not), it would have concluded that HRDC had failed to show a *bona fide* justification for this particular anti-stacking rule.

Allegations of gender discrimination in employment were reviewed in *McAvinn* v. *Strait Crossing Bridge Limited*.[xlvi] The respondent company was responsible for the operation of the Confederation Bridge linking PEI to the mainland, the construction of which had resulted in the loss of employment for those previously working on ferries operated by the Marine Atlantic Ferry Service. Employees on the ferries who lost their jobs were, however, given a right of first refusal regarding positions associated with the operation of the new bridge, provided they had the necessary qualifications or could be trained for the positions being offered.

The process of selecting applicants for the job of bridge patroller involved two series of

---

xliv *Solbach* v. *Canada* (A.G.) (1999), 252 N.R. 137 (F.C.A.).

xlv *Supra* note 41 at para. 52.

xlvi *McAvinn and CHRC* v. *Strait Crossing Bridge Limited* (15 November 2001), No. T.D. 13/01(C.H.R.T.).[hereinafter *McAvinn*].

interviews. Although the complainant failed to pass the initial screening interview, the decision in this regard was changed in light of the fact that she had successfully completed a Law and Security course. Following the second round of interviews, the complainant was informed that she had not been hired. She took that decision badly and formed the opinion that she had been excluded on the basis of her sex, especially in light of the type of questions she had been asked during the second interview. She felt that as a woman she had been singled out to answer questions about driving a vehicle with a standard transmission, boosting a car, working shift and being alone at night, questions she claimed had not been asked of male candidates for the job in question.

The Tribunal decision on this complaint involves a detailed examination of the evidence, both as it relates to the establishment of a *prima facie* case of discrimination and to the obligation of the respondent (once a *prima facie* case has been shown) to provide a credible justification for the decision not to hire the complainant. With respect to the former, the Tribunal emphasized that direct evidence of discrimination is often times difficult to establish and, hence, proof of discrimination may be based on circumstantial evidence.

On the basis of the evidence before it, the Tribunal had no difficulty in concluding that Ms. McAvinn was qualified for the job. She had taken the Law and Security course which, the Tribunal held, was a requirement for the bridge patroller job. Her past work experience with Marine Atlantic showed she was a "...good worker, had experience with the public, dangerous goods, emergency response and was used to physical work, shift work, as well as working in a male environment."[xlvii] The Tribunal also took note of the fact that the individual most responsible for the final decision regarding the complainant's application testified repeatedly that the complainant had been turned down because of concerns about her literacy. He claimed in his testimony that the mere fact that she had submitted her application in type-written form raised suspicions in his mind. In this regard the Tribunal found that there was not a "shred" of evidence on which to doubt her literacy.[xlviii] Moreover, no inquiries were made about the issue of literacy between the first and second interviews.

Having found the complainant was qualified for the job, but had been turned down, the Tribunal considered the remaining factor necessary to establish a *prima facie* case of discrimination, namely whether male candidates with no better qualifications had been hired. In this regard, the Tribunal concluded that while Ms. McAvinn, who was fully qualified, was passed over, men who did not have some of the basic qualifications were given the job. These observations, when combined with other evidence raised the inference, in the opinion of the Tribunal, that gender was a factor "...in the selection process for the bridge patroller job and that some form of maleness was part of the job profile for the bridge patroller position."[xlix]

A *prima facie* case having been shown, the Tribunal was at a loss to find any credible evidence

---

[xlvii] *Ibid.* at para. 172.

[xlviii] *Ibid.* at para. 128.

[xlix] *Ibid.* at para. 169.

presented that reasonably justified the failure to offer employment as a bridge controller to the complainant. As a result, the Tribunal found the complaint of discrimination based on sex had been substantiated.

With respect to remedy, the Tribunal applied the principle that a complainant should be restored to the position he or she would have enjoyed had the discrimination not occurred, subject to a duty of mitigation of damages and to issues of proximate cause. After careful consideration of all the evidence, the Tribunal found that a claim for lost wages was justified in the present case, to be calculated from the moment she ceased working for Marine Atlantic for a period of 10 years. The period during which she would benefit from the award for lost wages was subject to the further order of the Tribunal that the respondents hire the complainant as a bridge patroller at the first reasonable opportunity. Should this occur, the 10 year period for lost wages would be reduced accordingly.

The health of the complainant, who suffered from anxiety and depression with attendant medical complications, was also at issue with respect to the remedies awarded. While her medical problems predated the events relevant to the complaint of discrimination, the Tribunal found that her condition had been aggravated by the conduct of the respondent. She was therefore awarded $2,000 for pain and suffering. In addition, the award for lost wages was not to be affected by her possible inability to fulfil the duties as bridge patroller should the respondent offer her a position. In other words, her medical problems could not be used by the respondent to avoid paying for lost wages over the 10 year time period established by the Tribunal.

The execution of a Tribunal decision relevant to a finding of discrimination based on sex gave rise to extensive legal procedures in the case of *Goyette* c. *Syndicat des employé(es) de terminus de Voyageur Colonial Limitée*.[l] The decision on the merits of the complaint was issued on October 14, 1997[li], although the Tribunal reserved jurisdiction to resolve any disagreement between the parties as to the exact amount to be awarded for loss of salary and benefits.[lii] The Tribunal's written decision contained the following proviso: "If there is some problem in establishing the calculations and the parties prove unable to agree on the way to determine the amounts, the Tribunal will convene at the request of either of the parties to examine the evidence in this regard and resolve the issue." [unofficial translation]. *Ibid.* at para. 4. Following disagreement between the parties, the complainant asked the Tribunal in March of 2000 to reconvene for the purposes of establishing the amount owing. In May of 2000 the respondent

---

l *Goyette* c. *Syndicat des employé(es) de terminus de Voyageur Colonial Limitée (CSN)* (16 November 2001), No. T.D. 14/01 (C.H.R.T.).

li *Goyette and Tourville* v. *Voyageur Colonial Ltée* (1997), 30 C.H.R.R. D/175(C.H.R.T.).

lii The Tribunal=s written decision contained the following proviso: AS=il y a un problème pour effectuer les calculs et que les parties ne peuvent s=entendre au sujet des modalités pour déterminer les montants, le Tribunal pourra se réunir à la demande de l=une ou l=autre des parties pour entendre la preuve à cet effet et résoudre le différent [sic].@ *Ibid.* at para. 4.

union declared bankruptcy and its assets were put under trusteeship pursuant to applicable legislation. Given that the union was an affiliate of another union, the CSN, the complainant notified the Tribunal that she wished to raise the issue of the liability of the CSN regarding the execution of the Tribunal's order against the respondent union. The CSN objected to reopening the case to consider additional substantive issues, arguing that, apart from the issue of quantum of damages against the respondent, the Tribunal was *functus officio* and hence devoid of jurisdiction.

At the hearing convened to fix the amount of damages for lost wages and benefits, the Tribunal first dealt with the question of its jurisdiction to determine the liability of the CSN. It found that the possible liability of the CSN was a substantive issue not reducible to a mere question of procedure. It also found that the Tribunal which presided at the original hearing had made no omissions and dealt with all issues brought forward at the time. While the question of CSN's liability for the actions of its affiliate union became significant at a later date, this alone could not justify the reopening of a case already completed and for which a final judgment had been issued, save for the quantum of damages to be awarded for lost wages and benefits.[liii] The Tribunal's reasoning was as follows: "Although this became a concern of the complainant when new facts came to light following the decision, i.e. the bankruptcy of the affiliate union, the Syndicat des employé(e)s de terminus Voyager Colonial Limitée (CSN), the Tribunal cannot prolong or extend its jurisdiction indefinitely. The rules of natural justice have been respected in this case and the Tribunal cannot hold hearings to determine the legal status of a person indirectly connected to the complaint because it has already rendered a decision." [unofficial translation] *Supra* note 49 at para. 45. The Tribunal then proceeded to determine the exact amounts owed to the complainant for lost wages and benefits, though its order in this regard applied only to the respondent union that had been a party to the original hearing on the allegations of discrimination.

Sexual Harassment

A hearing into a complaint of sexual harassment of a female employee was recently conducted despite the failure of the respondent to appear.[liv] It concerned conduct of the respondent, who had been the complaint's supervisor, on a supposed business trip to Winnipeg during which it

---

[liii] The Tribunal=s reasoning was as follows: AMême si cette question est devenue une préoccupation de la plaignante, suite à des faits nouveaux survenus après la décision, soit la faillite du syndicat affilié, le Syndicat des employé-e-s de terminus Voyageur Colonial Limitée (CSN), le Tribunal ne peut prolonger et étendre sa juridiction indéfiniment. Dans ce dossier, les règles de justice naturelle ont été respectées et le Tribunal ne peut tenir des audiences en vue de déterminer la nature juridique de la personne liée indirectement à la plainte puisqu=il a déjà exercé sa juridiction.@ *Supra* note 49 at para. 45.

[liv] *Daniels* v. *Myron* (16 July 2001), T.D. 8/01 (C.H.R.T.) The Respondent had acknowledged in writing receipt of a letter sent April 10, 2001 regarding hearing dates and a Notice of Hearing dated April 24, 2001. He also acknowledged by telephone receipt of correspondence that established the hearing date as May 28 of the same year.

became clear he was seeking sexual contact with the complainant. The trip had been a ruse. The complainant alleged a breach of section 7 of the *CHRA*, which makes it a discriminatory practice to differentiate adversely against an employee on a prohibited ground of discrimination, and section 14, which makes it a prohibited practice in matters related to employment to harass an individual on a prohibited ground of discrimination (sexual harassment being deemed explicitly to constitute a prohibited ground of discrimination).

In reviewing the evidence, the Tribunal applied the standard test for establishing a *prima facie* case of discrimination, i.e. was the evidence sufficient to justify, on a balance of probabilities, a finding in favour of the complainant in the absence of an answer from the respondent. It also referred to the leading case on sexual harassment in the work place that characterized it "as being unwelcome conduct of a sexual nature that adversely affects the work environment or leads to adverse job related consequences for the victim of the alleged harassment." [lv] The Tribunal further defined sexual harassment "as being a demeaning practice in the workplace that has a profound effect on the dignity of the employee affected"[lvi] and as having an impact on "the self-respect and dignity of the person affected both as an employee and as a human being."[lvii] On the evidence presented, the Tribunal did not hesitate to find that the behaviour of the respondent had created a negative psychological and emotional work environment and thus fell squarely within the prohibition set out in sections 7 and 14. A *prima facie* case having been established, it fell to the respondent to provide an answer. As indicated, he had failed to appear at the hearing to give evidence and hence a decision was entered against him.

With respect to remedy, the respondent was ordered to write an apology to the complainant, pay her the maximum award for hurt feelings and loss of self-respect ($5,000), as well as a sum of money for lost wages ($480) incurred by the complainant's need to research and prepare for the hearing.

Disability

The alleged discriminatory impact of provisions in the *Income Tax Act*[lviii] that require a disability-related educational grant to be included in a person's taxable income was reviewed in *Wignall* v. *National Revenue*.[lix] The complainant was a part-time university student whose deafness required him to have sign language interpreters in the classroom. While the university provided him with such interpreters in the first instance, it also requested that he seek out other

---

[lv] *Ibid.* at para. 30. The judicial decision referred to was *Janzen* v. *Platy Entreprises,* [1989] 1 S.C.R. 1252.

[lvi] *Supra* note 53 at para. 31.

[lvii] *Ibid.*

[lviii] *Income Tax Act*, R.S.C. 1985 (5th Supp.), c.1.

[lix] *Wignall* v. *Department of National Revenue (Taxation) and the Council of Canadians with Disabilities (Interested Party)* (8 June 2001), T.D. 5/01 (C.H.R.T.).[hereinafter *Wignall*].

sources of funding that could help pay for the expenses incurred. He therefore applied for and received a Special Opportunities Grant for Students with Permanent Disabilities in the amount of $3,000 from the Government of Canada. He then gave this money to the university to help defray the costs of sign language interpretation. A T4A Supplementary was subsequently issued to the complainant informing him that the amount of the Special Opportunities Grant was to be included in his income for the tax year in which it was received. As the grant money was earmarked exclusively to pay for the extraordinary expenses associated with the complainant's disability, he felt its inclusion in his income for tax purposes was unfair and discriminatory.

In analysing the complaint, the Tribunal referred extensively to the interpretation given equality rights under section 15 of the *Charter*. The Tribunal relied on the three inquiries enunciated by the Supreme Court of Canada in *Law* v. *Canada (Minister of Employment and Immigration)*[lx] was guided in its analysis by three broad inquiries identified by the Supreme Court of Canada. First, can it be said that an impugned law draws a formal distinction between a claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or fails to take into account a claimant's disadvantaged position in society resulting in substantively differential treatment? Second, is the claimant subject to differential treatment on a prohibited ground of discrimination. Finally, does the differential treatment impose a burden or withhold a benefit from a claimant in a manner that reflects a stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or otherwise perpetuates or promotes a view that an individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect and consideration?[lxi] With respect to disabled people specifically, the Tribunal took note of the jurisprudence that recognized a long history of disadvantages, isolation and barriers to their participation in mainstream society.

The Tribunal noted that access to a Special Opportunities Grant was conditioned by both an evaluation of the personal finances of an applicant and the finite resources the government allotted to the program. There was no dispute that in the case of the complainant the inclusion of the Special Opportunities Grant in his income had resulted in no additional income tax payable. In point of fact, all income taxes withheld at source for the year in question had been returned to the complainant by means of an income tax rebate. The only identifiable repercussion was a small decrease ($25) in the amount of a provincial tax credit otherwise available to the complainant.

To assess the alleged discrimination, the Tribunal accepted the comparator group chosen by the complainant, i.e. all other students who receive grants and bursaries. The requirements of the *Income Tax Act* regarding the inclusion in income of all money received by way of grants or bursaries applied without exception to all students receiving them. The Tribunal was therefore unable to find that the relevant law or policy drew a formal distinction between the complainant and others on the basis of a personal characteristic. Turning to whether there was any substantively differential treatment based on a personal characteristic, the Tribunal found that the grant had not only been awarded on the basis of the complainant's disability "...but also because

---

lx *Law* v. *Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

lxi *Supra* note 58 at para. 32.

he was able to meet the means test of the Canada/Manitoba Student Loan program and because he agreed to use the funds to purchase services that would assist him in accommodating his disability in the classroom setting."[lxii]

However, did the policy to treat the grant to the complainant like any other bursary or scholarship fail to take into account the complainant's already disadvantaged position within society? On this issue, the Tribunal acknowledged that the creation of the Special Opportunities Grant was recognition by the government "...that students with disabilities were in need of special financial assistance to access education at the post-secondary level."[lxiii] Nevertheless, the refusal to exempt the grant from inclusion in income for purposes of taxation did not amount to a failure to recognize the complainant's already disadvantaged position. In so finding, the Tribunal emphasized that other provisions in the *Income Tax Act* provided additional assistance to disabled Canadians, such as the disability and medical expenses tax credit. The Tribunal also found that "[w]hile social policy is reflected in our taxation scheme, it is the lawmakers who determine the amount of financial assistance to be given to the disabled pursuant to these types of programs. Such assistance should not be dependant on the creation of an exemption from taxation by circuitous application of a discriminatory practice provision of the *Canadian Human Rights Act*....Those persons who are more financially capable may find themselves in the position of paying back part of the grant through taxation. However, based on the fact that a means test forms part of the criteria to obtain the grant in the first place, the effect of taxing the grant will almost always be minimal."[lxiv]

Although not strictly necessary to its decision, the Tribunal went on the consider the third broad inquiry that arises in cases of alleged discrimination. It concluded that the inclusion of the grant in income for purposes of taxation did not deny a benefit to the complainant in a way that reflects a stereotypical attitude towards the disabled and perpetuates a view that they are less able or equally deserving of concern, respect and consideration. It found that "the inclusion of the grant in income is consistent with the duties and obligations of all persons to pay a fair share of tax on income. The burden imposed on Mr. Wignall in this case was minimal. It was not an affront to his dignity as a human being to test his entitlement to the grant against the yardstick of total income from all other sources."[lxv]

Failure to accommodate an employee suffering from anxiety and depression, and hastily releasing him as medically unfit to discharge his duties, were central to the Tribunal decision in *Stevenson* v. *Canadian Security Intelligence Service*.[lxvi] The complainant had worked for the

---

[lxii] *Ibid.* at para. 46.

[lxiii] *Ibid.* at para. 47.

[lxiv] *Ibid.* at para. 48.

[lxv] *Ibid.* at para. 51.

[lxvi] *Stevenson and CHRC* v. *Canadian Security Intelligence Service* (5 December 2001), No. T.D. 16/01(C.H.R.T.).[hereinafter *Stevenson*].

RCMP Security Service and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) for 26 years, rising to the position of Head of Internal Security for the BC Region. While occupying the later position the complainant came under suspicion of having leaked sensitive information, though he was subsequently exonerated of all wrongdoing following a voluntary polygraph test. This experience deeply shocked him and lead to increasing anxiety and depression, further exacerbated by an eventual lateral transfer out of internal security to human resources, a transfer he experienced as punishment related to the original allegations against him. Some time later he was informed by his Director General that he was being transferred from Vancouver to Ottawa. This later decision was taken without any prior consultations or discussions with the complainant. The prospect of transferring to Ottawa created yet more stress and strain, in particular within his family. As a result, his depression deepened even further.

The complainant took a number of steps to try delaying his transfer, though all requests made were to no avail, save for a change in the commencement date for reporting to his duties in Ottawa granted by his new supervisor. A month prior to assuming those duties the complainant obtained a medical certificate from his family physician that indicated he would have to be off work for a period of three months, during which time further evaluation and treatment would take place. This set in motion a series of events related to a formal health evaluation by a physician chosen by CSIS management. The initial report prepared by that physician described the anxiety disorder and depression suffered by the complainant and indicated that the further stress of being transferred to Ottawa would complicate his recovery. She took the view that following several months of therapy the complainant would probably be ready to re-integrate into his workplace in Vancouver. She felt that in time he would recover enough self-confidence to be able to undertake a transfer to Ottawa, although that would be subject to future evaluation (in approximately six months). Despite this assessment, management at CSIS remained determined that the transfer to Ottawa should proceed. It ultimately took the view that, as the complainant was then "unfit" to fulfil his duties, he should be discharged from the Service. He was therefore formally released on medical discharge, approximately six months after having obtained the medical certificate from his family physician regarding temporary leave due to illness.

In light of all the evidence, the Tribunal quickly concluded that a *prima facie* case of discrimination based on mental disability had been established. It pointed to the fact that within days of the complainant's requested stress leave, "...the wheels were put in motion by his superiors to find a way to terminate his employment."[lxvii] The Tribunal also found that the employer's own written policies regarding the medical assessment of an employee had been ignored or improperly applied. These policies envisaged that an employee be assessed as either "Fit", "Unfit", or "Fit with Limitations". In the complainant's case, the views of the medical examiner that he be allowed to remain in Vancouver for medical reasons so as to facilitate his recovery were simply ignored. In so doing, CSIS had failed to consider that the complainant could be assessed as falling within the category of "Fit with Limitations" set out in its own policies.[lxviii]

[lxvii] *Ibid.* at para. 60.

[lxviii] The Tribunal declared: AThe question at this point should have been whether Mr. Stevenson should be granted a further six months of medical leave from December 10, 1997, in order to return to full employment with the Service. Instead, Ms. Dodd and Mr. Outhwaite came

Having found a *prima facie* case, the Tribunal turned to the issue of whether a *bona fide* occupational requirement existed that could justify the health policies of CSIS. It first noted that these policies were vague and imprecise as to what standard should be applied to an employee whose ability to perform his or her duties was placed in question. The Tribunal accepted that some degree of mental and physical health was clearly necessary. It also accepted that the standard to which the complainant was put included a requirement of mobility. It summarized the key elements of the standard in the case before it as including: 1) capability to perform the duties expected, 2) prognosis for recovery, and 3) the requirement for mobility.[lxix]

The Tribunal had no difficulty concluding that the first two elements of the test in *Meiorin*[lxx] were satisfied on the evidence presented, i.e. that the standard was adopted for a purpose rationally connected to the performance of the job; and that the standard was adopted in good faith. Turning to whether reasonable efforts to accommodate the complainant had been made, short of undue hardship, the Tribunal reiterated that CSIS management had remained adamant about the timing of the transfer to Ottawa despite its knowledge of the complainant's severe anxiety and the course of psychotherapy he had undertaken. The Tribunal found it "...difficult to understand why his supervisors would not make an exception to the mobility requirement for an employee who had by this time provided 26 years of excellent service to the RCMP Security Service and to CSIS. The postponement of the transfer from June to September and the offer of temporary dual residence assistance hardly qualify as accommodation of Mr. Stevenson's disability. The suggestion that medical resources were available to him and his family in Ottawa was gratuitous at best. It was no offer of accommodation at all."[lxxi]

The Tribunal also expressed serious concern about the apparent lack of good faith in the manner in which the complainant's transfer was determined and in the way the health evaluation was subsequently carried out. The Tribunal also criticized the lack of clarity in policies regarding sick leave at CSIS, arguing that this in itself was enough to call into question the adequacy of standards applied to the issue of employee health. It therefore found that the policies themselves of CSIS did not adequately address the issue of accommodation in the context of health related disabilities.

The remedies ordered by the Tribunal included the payment of lost wages that would bring the

---

to the conclusion on January 7, 1998 that Mr. Stevenson was totally unfit to return to his normal employment and occupy a position in headquarters, and that therefore, he should be medically discharged. There appears to be a bias, given the way the health evaluation was conducted and subsequently interpreted, against Mr. Stevenson because he is mentally ill. The prognosis for full recovery within a reasonable period of time is ignored.@ *Ibid.* at para. 63-64.

lxix *Ibid.* at para. 70.

lxx *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *B.C.G.S.E.U.* [1999] 3 S.C.R. 3.[hereinafter *Meiorin*].

lxxi *Ibid.* at para. 82.

complainant up to 30 years plus a day of service (with appropriate sums paid for benefits and a gross-up amount to compensate for income tax consequences of a lump sum payment), legal costs in the amount of $2,000 for advice sought prior to filing his complaint with the Commission, the maximum of $5,000 for hurt feelings (the amended maximum of $20,000 not being applicable to his case), as well as the maximum of $5,000 for the wilful and reckless nature of the discriminatory behaviour (the amended maximum of $20,000 also not being applicable). The Tribunal also indicated that had the amended maximum payments under the last two headings been applicable to the case a much higher award in both instances would have been ordered.

The discharge of an employee for medical reasons was again at issue in *Irvine* v. *Canadian Armed Forces*.[lxxii] The case involved a 29 year veteran of the Canadian Armed Forces (CAF) who suffered a heart attack in March of 1994. Following this event he underwent heart bypass surgery and returned to work (as an aviation technician) after a short rehabilitation. While back on active duty he was monitored by medical personnel in the CAF. The medical follow-up consisted of physical examinations, counselling in risk factor control and prescription of medication designed to reduce cholesterol. Despite excelling in his position as aviation technician he was released from the CAF in July of 1995 on the grounds that he was not medically fit to serve. He subsequently filed a complaint with the Commission alleging that he had been discriminated against by reason of his disability.

The Tribunal reviewed in detail the various administrative procedures and health related policies of the CAF that applied to the complainant. First, the CAF uses a medical category system based on geographical and occupational factors that is designed to identify the minimum requirements needed to satisfy the principle of universality of service. The latter principle establishes that all members of the CAF are required to be able to perform at any time any lawful duty. This may include the duties of a soldiers regardless of their occupation. Both geographical and occupational factors are graded numerically with increasing magnitude. The higher the number, the greater is the degree of limitation on a member's ability to meet his or her responsibilities as a member of the CAF. In the case of the complainant, the minimal classification for full employment was G3O3. Following his heart surgery he was never able to achieve greater than a G4O3 category. The G4 classification meant that he was precluded from "serving at sea or in an isolated location where physician service was not readily available"[lxxiii] and thus not able to satisfy the principle of universality of service.

The process by which this classification of the complainant was arrived at involved a specialized medical board composed of medical specialists charged with the responsibility to review the medical file of a member who suffers from coronary heart disease (CAD). The CAD Committee makes recommendations regarding the medical category to be assigned. The standards it applies are, for the most part, now contained in September 1995 Guidelines that provide a detailed

---

[lxxii] *Irvine and CHRC* v. *Canadian Armed Forces*(23 November 2001), No. T.D. 15/01(C.H.R.T.)[hereinafter *Irvine*].

[lxxiii] *Ibid.* at para. 13.

description of occupational categories and factors to be considered when determining health-related limitations on a member's ability to fulfil his or her duties as a member of the CAF. The 1995 Guidelines supersede those that date from 1979 and provide for greater individualized assessments, as opposed to the more rigid categorization reflected in policies up to that point. For example, the 1979 policies had automatically assigned a medical category of G4O4 to any member who suffered from CAD.

The Tribunal also pointed out that general CAF fitness policies run in parallel to the more specific medical category procedures and policies. In practice the CAF uses an exercise prescription test known as EXPRES and requires that members score above the 20 percentile ranking when compared with the average non-military ranking of Canadians. A 20 percentile ranking means that 80% of the civilian population would have scored higher. The Tribunal also acknowledged that in "theory" the CAF used as well more stringent standards related to the ability of members to perform general military duties, though there was little evidence to establish how these standards were applied in reality. It pointed out that these standards were abolished following a 1999 review of policies, and added: "The review acknowledged that a serious weakness of the General Military Duties as a measure of individual capability was that many of the tasks were vaguely worded and failed to specify parameters (when, where, how) under which the duties of universality were to be performed, and where applicable, the individual level of capability or standard of performance necessary."[lxxiv]

The Tribunal had little difficulty in determining that a *prima facie* case of discrimination had been made out, both as regards to the specific decision to release the complainant because of his disability, and the differential CAF procedures and standards that treated able-bodied members differently that those who suffered from CAD insofar as ability to perform military duties was concerned. In the case of able-bodied members, they could establish minimal fitness by taking the EXPRES test, whereas the complainant was denied this opportunity. The Tribunal then turned to the issue of whether the CAF had demonstrated that the standards and policies at issue constituted a *bona fide* occupational requirement.

The standards and policies that the CAF applied to the complainant were found to be rationally connected to the goal of ensuring that a member could safely and efficiently perform the tasks of his occupation and general military duties, and to have been adopted in good faith. However, these standards and policies must also be shown to be reasonably necessary to accomplish their purpose and that accommodation of the complainant short of undue hardship had been made. Here the Tribunal determined that the pre-1995 policies were excessively rigid in assigning a G4 category to members who suffered from CAD and provided for little or no individualized assessment. It pointed out that the 1995 Guidelines demonstrated the possibility of greater individualized assessment. Some of the factors these guidelines established had not been applied to the complainant's situation, "...such as testing to determine Mr. Irvine's functional capacity, the frequency and level of medical care needed to appropriately manage Mr. Irvine's disease; and the employability-limiting side effects of any cardiac medications being taken."[lxxv]

[lxxiv] *Ibid.* at para. 41.

[lxxv] *Ibid.* at para. 141.

Moreover, the assessment of the complainant's case had "...failed to consider Mr. Irvine's physical, occupational and emotional strengths vis-à-vis his ability to serve in the CAF."[lxxvi]

The Tribunal also found that the refusal to retain the complainant in the CAF by appropriate accommodation of his illness contrasted sharply with what the decision would have been under retention rules introduced in November of 2000. As the Tribunal explained: "Members are now to be retained as long as they can be fully employed in a position established for their rank and military occupation. Mr Irvine fell into such a category. His commanding officers confirmed that he could fulfill the general and specific tasks of an aviation technician for his rank. Under the November 2000 policies, even members who cannot deploy to high-risk theatres of operation will be retained or re-assigned to another position established for his military occupation for which he can fulfill all normal duties. Also, members may be employed in positions where they are not directly exposed to any of the tasks or working conditions contemplated by U/S [universal service] principles."[lxxvii] The Tribunal also found that "the CAF itself recognized...that it had some empirical capacity to accommodate members in Military Non-Essential positions...[T]he duty of accommodation requires an assessment of the ability of the CAF to retain members in such positions prior to termination. No such assessment was made in Mr. Irvine's case."[lxxviii]

With respect to remedy (which the Tribunal suggested should recognize that the complainant would normally have served until his retirement in 2003), the Tribunal declined to issue any order at the request of the parties. However, it retained jurisdiction to hear evidence on the matter in the event the parties were unable to reach an agreement.

A refusal to employ allegedly based on perceptions that an individual was dependant upon alcohol was reviewed by the Tribunal in *Crouse* v. *Canadian Steamship Lines*.[lxxix] The case involved a complainant whose work history aboard a number of vessels was mixed, though numerous incidents of unsatisfactory work performance were noted in the evidence as well as examples of drunkenness in the course of employment. The respondent company, Canadian Steamship Lines, made a decision (following accusations of drunkenness on the job and incompetence) not to consider the complainant for any future employment. A number of years later, the complainant applied for the position of permanent relief electrician with the respondent company after noticing the position posted in the union hiring hall. Very soon thereafter, union personnel at the hiring hall were informed by letter that due to the complainant's past work history Canadian Steamship Lines had refused his application.

---

lxxvi *Ibid.*

lxxvii *Ibid.* at para. 157.

lxxviii *Ibid.* at para. 162.

lxxix *Crouse* v. *Canadian Steamship Lines Inc.* (18 June 2001), T.D. 7/01(C.H.R.T.) [hereinafter *Crouse*].

As a point of departure, the Tribunal observed that addiction to alcohol is considered a disability within the meaning of the *CHRA*. Moreover, whether such an addiction actually exists is not necessary to a finding of discrimination, the Tribunal emphasizing that employment decisions made due to a perception that an individual suffers from such a disability may constitute a violation of the *Act*.[lxxx] In the case at hand, the Tribunal found a *prima facie* case of discrimination had been made out, in particular because the respondent claimed that its hiring decision had been made by reference to the past work history of the complainant. Documents related to that work history and used by the respondent company included references to misconduct relating to abuse of alcohol by the complainant and to intoxication. Having found a *prima facie* case, the burden then shifted to the respondent to provide a reasonable explanation for its hiring decision.

With respect to the respondent's position, the Tribunal noted that it was not attempting to establish that freedom from alcohol dependance was a *bona fide* occupational requirement due to considerations of safety. Rather, the respondent claimed that its hiring decision had been motivated by concerns about the competence of the complainant to perform adequately the duties of the position. Considerable evidence had been heard by the Tribunal regarding the skills and experience required of those hired as permanent relief electricians aboard ships known as self-unloaders. It found, as a question of fact, that the respondent had made its decision not to hire the complainant due to concerns that he did not possess sufficient skill and experience. Any concerns the respondent may have had in the past regarding the complainant's abuse of alcohol had been resolved, as was demonstrated by the fact that the complainant had been hired on a temporary basis by the respondent in the recent past. In light of these findings, the Tribunal concluded that the respondent had discharged its onus to provide a reasonable explanation for the decision not to hire.

Policies of Correctional Service Canada (CSC) denying pre-operative transsexual inmates access to sex reassignment surgery were reviewed by the Tribunal in *Kavanagh* v. *A.G. Canada*.[lxxxi] The case also involved decisions made by CSC to restrict initially the complainant's access to hormone therapy and to place the complainant in male penitentiaries. These policies and decisions of CSC were challenged by the complainant on the basis that they discriminated against her on the basis of sex and disability. Although the case was considered under both sex and disability discrimination, it is included here due to its relationship to an underlying medical condition known as Gender Identity Disorder.

Synthia Kavanagh had been taking female hormones since the age of thirteen. Her sense of herself being a female inhabiting a man's body began in early childhood. At the time of her trial and conviction for second degree murder (1989), she had been living as a female and been selected by a gender identity clinic as a candidate for sex reassignment surgery. In passing

---

[lxxx] In support of these conclusions, the Tribunal cited: *Niles* v. *Canadian National Railway Company* (1992) 18 C.H.R.R. D/152(C.H.R.T.) and *Quebec (C.D.P.D.J.)* v. *Montreal (City)* [2000] 1 S.C.R. 665.

[lxxxi] *Kavanagh* v. *Attorney General of Canada* (31 August 2001), T.D. 11/01 (C.H.R.T.). [hereinafter *Kavanagh*].

sentence, the presiding judge recommended that she be allowed to serve her sentence in a female jail. Despite the recommendation (which reflected the inmate's own desires), she spent the next eleven years in several high and medium security male penitentiaries. As mentioned, the complainant underwent sex-reassignment surgery following a settlement of her individual complaints against CSC. This left for the consideration of the Tribunal the formal policies of CSC as they pertain to prisoner access to such surgery and the selection of the institution within which a prisoner's sentence will be served. (The issue of access to hormone therapy had been resolved by the adoption of a written policy setting out the conditions under which such access would be allowed.)

Extensive evidence from expert witnesses was heard by the Tribunal regarding Gender Identity Disorder, a syndrome that is recognized in the medical community. It is broadly defined and includes behaviour ranging from a desire to imitate the opposite sex by, for example, cross-dressing, to the more dramatic cases of individuals who perceive themselves as actually being a member of the opposite sex. In such cases, the anatomical sex of an individual is at odds with his/her core gender identity. It is this intense conflict between the core gender identity and the clear anatomical sex of an individual that produces Gender Dysphoria. The latter term refers to the distress and torment felt by transsexuals who are unhappy with their biological sex.

Expert witnesses also reviewed the procedures for proper diagnosis of Gender Identity Disorder and the various treatments that are available, which include psychotherapy, drug treatment, hormone therapy for people in the gender transition process and finally sex reassignment surgery. Given the invasive and irreversible nature of the latter, the selection criteria are stringent and require fulfilment of prerequisite stages before surgery is undertaken. While there was agreement among the expert witnesses on the fundamentals underlying the concept of Gender Identity Disorder, they disagreed on the appropriateness of providing access to sex reassignment surgery while a person was incarcerated. The abnormal social environment found in prisons may very well detract from adequate diagnosis or even distort the true feelings of the individual seeking access to the surgery. While there was no unanimity on this aspect of prison social realities, CSC settled on its policy of denying access because of doubts raised by some medical professionals working in the area of gender disorders.

Written policies with regard to the issues of placement (choice of carceral institution) as well as access to sex reassignment surgery are clear and unambiguous. They provide that "unless sex reassignment surgery has been completed, male inmates shall be held in male institutions" and that "sex reassignment surgery will not be considered during the inmate's incarceration."[lxxxii] Equally unambiguous was the Tribunal's initial finding regarding the placement policy: "CSC's policy requiring that anatomically male prisoners be held in male institutions clearly has an adverse, differential effect on pre-operative male to female transsexual inmates. Non-transsexual inmates are placed in prisons in accordance with both their anatomical sex and their gender. Transsexual inmates, however, are placed in accordance with their anatomical sex, but not their gender. Counsel for CSC indeed concedes that the policy is *prima facie* discriminatory, on the basis of both sex and disability."[lxxxiii] The crux of the matter lay in assessing whether CSC had

---

[lxxxii] *Ibid.* at para. 35.

[lxxxiii] *Ibid.* at para. 141.

provided a *bona fide* justification for its policy on placement of transsexuals.

In support of its policy, witnesses for CSC had emphasized the vulnerability of the female inmate population and the problematic impact that the placing of an anatomical male in their midst would have. Though the evidence on this point was to a certain extent impressionistic, the Tribunal found that it had been supplemented by reference to objective studies on the needs of female prisoners as well as the views of one of the expert witnesses. It concluded that the difficulties women prisoners had with men were in part based on painful life experiences involving physical, psychological and sexual abuse. Put simply, they constituted a vulnerable group that were entitled to have their needs recognized and respected. It was therefore not a reasonable solution, as had been argued, to place male pre-operative transsexuals in a female penitentiary. The Tribunal also concluded that it was neither feasible not desirable to place pre-operative transsexuals in transition in wholly separate institutions, underscoring the extremely low numbers of inmates involved, difficult logistical problems and issues of rehabilitation.

Despite its findings on these two alternatives, the Tribunal went on to conclude that the policy in its present form was unjustified because it failed "to recognize the special vulnerability of the pre-operative transsexual inmate population."[lxxxiv] In other words, CSC had failed to take reasonable steps to accommodate members of this group. The Tribunal ruled that any revamped policy "must recognize the differential effect that housing inmates in accordance with their anatomy has on transsexual inmates...acknowledge their susceptibility to victimization within the prison system...[and] require the individualized assessment of each transsexual inmate by corrections officials, in consultation with qualified medical professionals, as to the appropriate placement within the various types of facilities available in the male prison system..."[lxxxv] It therefore ordered that a new policy for placement of transsexual inmates be formulated in consultations with the Commission so as to accommodate their specific placement needs.

Regarding access to sex reassignment surgery, the Tribunal had little difficulty finding a *prima facie* case of discrimination. It reasoned that CSC's blanket prohibition during the period of incarceration effectively denied a medical service to even those transsexual inmates who were good candidates, based on the opinion of medical professionals, for sex reassignment surgery. Such denial of medical services (whether classed as essential or elective) amounted to discrimination on the basis of both sex and disability. The Tribunal then went on to consider whether a *bona fide* justification for the prohibition had been demonstrated by CSC.

Since both the rationality of the policy and the good faith of those who established it were easily demonstrated, the Tribunal centred its analysis on whether the prohibition was reasonably necessary, in the sense that no accommodation of pre-operative transsexuals could be made without incurring undue hardship. It noted that serious doubts had been raised on the evidence about the ability of incarcerated transsexuals to fulfil a key prerequisite to selection as an appropriate candidate for sex-change surgery, namely the successful completion of a real life experience living as a member of the target sex. In the words of the Tribunal:

[lxxxiv] *Ibid.* at para. 166.

[lxxxv] *Ibid.* at para. 166.

> "We agree with the experts called by CSC that the real life experience requirement of the treatment protocol cannot be satisfactorily fulfilled within the carceral setting. It appears from all of the evidence that pre-operative transsexuals need to be able to interact with *both* men and women in their day to day lives in order to properly fulfil the requirements of the real life experience...Can these individuals then obtain an appropriate real life experience while incarcerated in male penitentiaries? We think not...[T]he purpose of the real life experience is to test the resolve of the patient as it relates to proceeding with sex reassignment surgery, while also assessing the capacity of the individual to live in their target gender. The patient's resolve is tested by requiring the patient to face the potential loss of employment, family and friends, as well as the general social opprobrium that can follow the decision to live as a member of the target gender. Unlike society at large, the artificial environment of the male prison provides both positive and negative reinforcements that can distort the experience of the individual in such a way as to render the real life experience an unreliable test of an individual's resolve, the capacity to function in the preferred gender, and the adequacy of social, economic, and psychological supports. The real life experience carried out in the prison setting is, therefore, an unreliable indicator of the individual's suitability for sex reassignment surgery."[lxxxvi]

While this conclusion narrows considerably the already small number of inmates who might be potential candidates for sex reassignment surgery, the Tribunal found that it did not justify the absolute prohibition currently set out in CSC policies. This could only be justified if CSC demonstrated that no one could possibly meet the eligibility requirements regulating access to "a legitimate medical treatment for a recognized medical condition."[lxxxvii] The Tribunal provided one example of where an individual could very well fulfil the requirements, namely a case where the person "...had fulfilled the real life experience component of the selection criteria prior to their incarceration."[lxxxviii] As to who would make the judgement about an inmate's suitability and readiness for the operation, the Tribunal indicated that it should be made by the medical professionals who had been following the person through the transition process prior to incarceration (unless the inmate and CSC should agree otherwise).

Since CSC had failed to demonstrate that accommodation short of undue hardship could not be made, the Tribunal found the blanket prohibition discriminatory on the basis of sex and disability. It therefore ordered CSC to cease applying the policy in question, but suspended its order for a period of six months to allow CSC to consult with the Commission with a view to formulating a new policy consistent with the reasons set out in its decision.

The obligation of an employer to accommodate a disabled employee up to the point of undue hardship was the central focus of a Tribunal decision in *Eyerley* v. *Seaspan International*.[lxxxix]

[lxxxvi] *Ibid.* at para. 78.

[lxxxvii] *Ibid.* at para. 187.

[lxxxviii] *Ibid.* at para. 181.

[lxxxix] *Eyerley* v. *Seaspan International Limited* (21 December 2001), T.D.

The case involved an employee who, during the course of 2,662 days (1989-1996) on the payroll of the respondent company, had worked only 17.5% of the time. For the most part, his absenteeism was due to a work-related injury to his right wrist which prevented him from performing some of the duties associated with his position as cook/deckhand on the respondent's coastal tugs. In light of his injury (due to which he had spent various periods of time on workers' compensation), Mr. Eyerley requested that he be assigned to smaller tugs with lighter gear in order to avoid heavy and strenuous work. Seaspan would give no guarantee in this regard, offering only to assign the employee to smaller vessels where it was administratively feasible. Work on smaller vessels also proved to be difficult for the employee, who went on workers' compensation again on July 18, 1995. Finally, in light of medical reports from doctors and the Worker's Compensation Board (WCB) indicating little prospect of the employee's return to work in the near future as a cook/deckhand, his employment was terminated on November 8, 1996 (for reason of non-culpable absenteeism). A complaint alleging discrimination in employment based on disability was made on May 7, 1998.

In its defence, the respondent company argued that when a person's employment is ended due to frustration of contract (i.e. through non-culpable absenteeism) no issue of discrimination based on disability can arise. As a result, the company argued, it cannot be said that on the facts of the complaint a *prima facie* case of discrimination was established. In support of its argument, the company relied on case law involving wrongful dismissal actions where the principle of frustration of contract had been invoked as a defence. The Tribunal rejected this argument, pointing out that none of the cases cited had dealt specifically with the impact of human rights legislation on the issue of frustration of contract. It referred with approval to an arbitral decision which had ruled that "...an employer has the right to its part of the employment bargain, namely, the employer's performance of the work. But, where the employment rule impacts negatively on a disabled person the correct approach for an arbitrator is to consider whether this employee could be accommodated to the point of undue hardship."[xc] Moreover, the Tribunal pointed out that even the arbitral decisions cited by Seaspan accepted that the principle of non-culpable absenteeism did not operate freely and was in fact constrained by human rights legislation.

Having therefore found that a *prima facie* case of discrimination based on disability was established on the evidence presented, the Tribunal turned to the issue of accommodation. The work standard at issue, namely that an employee must have a reasonable record of attendance on the job, was clearly connected to legitimate work-related requirements of Seaspan. Yet even where a standard is reasonably necessary, an employer is obliged to accommodate an employee (suffering from a disability) up to the point of undue hardship. As to what constitutes undue hardship, the Tribunal adopted well-known criteria identified by the Supreme Court of Canada, such as financial costs, interchangeability of the workforce and facilities, collective agreements, substantial interference with the rights and morale of other employees, and employee safety. It also pointed out that any review of accommodation involves both a procedural and substantive aspect: "Procedural in the sense that the employer must consider all viable forms of

---

18/01(C.H.R.T.)[hereinafter *Eyerley*].

[xc] *Ibid.* at para. 136. The arbitral decision referred to is *Re: Air B.C. Ltd. and C.A.L.D.A.* (1995), 50 L.A.C. (4th) 93.

accommodation. Substantive in the sense of assessing the reasonableness of the accommodation offered or the employer's reasons for not offering any accommodation."[xci]

On the evidence before it, the Tribunal found that the only accommodation made by Seaspan was to consider the request of the complainant (Mr. Eyerley) to be assigned to smaller tugs. However, Seaspan had made it clear that it was not about to organize its crews around Mr. Eyerley's wrist and that he must be fit to sail on any Seaspan boat. The Tribunal found that Seaspan operated a full range of boats, some of which (such as trainships and shift tugs) involved much lighter work and would have been better suited to the complainant in light of his disability. While the Tribunal was not in a position to determine whether justifiable impediments would have precluded such alternative employment, it found that this possibility was given no consideration nor was a thorough assessment of Mr. Eyerley's ability to do various jobs carried out.

In fashioning an appropriate remedy, the Tribunal considered it important to bear in mind the undoubted physical limitations of the complainant. It rejected submissions made that an order for lost wages be issued, pointing out that the complainant had received vocational rehabilitation benefits until December 31, 1998 and that he was in any event medically unfit (in light of the evidence presented) to assume duties as a cook/deckhand. As to alternative jobs the complainant might have been offered, the Tribunal considered it too speculative and remote to form the basis of an order for lost wages. The Tribunal also declined to order that the respondent rehire the complainant and give him the first available Mate's position. To do so, reasoned the Tribunal, would bypass the normal Seaspan assessment procedures, ignore the fact that the complainant had not yet successfully completed retraining and received his Mate's ticket, and fail to consider that a Mate's job included occasional deckhand duties that the complainant was unable to perform.

The final possibility considered by the Tribunal concerned deckhand work aboard ship assist tugs. It found that there was a strong possibility that the complainant would be able to perform the lighter duties involved in such work, and that the safety and risk factors were far less acute than aboard other types of tugs operated by Seaspan. It therefore ordered that Seaspan (at its own expense) arrange for a medical assessment of the complainant to determine his level of fitness and degree of impairment. It further ordered that a full vocational assessment be made of the duties of a deckhand aboard ship assist tugs. Should the medical assessment find the complainant capable of performing the duties of a deckhand aboard ship assist tugs, the Tribunal ordered that Seaspan offer him the first permanent position of the sort that became available (without regard to seniority). However, no employee currently occupying such a position was to be removed in order to accommodate the complainant in this regard. Finally, the Tribunal ordered that a sum of $5,000 be paid to the complainant for hurt feelings and loss of self-respect.

[xci] *Ibid.* at para. 143, citing the Supreme Court decisions in *Meiorin* , *supra* note 69, and *British Columbia (Superintendant of Motor vehicles)* v. *British Columbia(Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868 [hereinafter *Grismer*].

Race/Ethnic or National Origin

The Tribunal issued an extensive decision in *Chopra* v. *National Health and Welfare*[xcii] regarding an individual complaint of race discrimination (as well as ethnic or national origin). In very general terms, the complainant (of South Asian origin and an employee of the respondent since 1969) alleged that Health Canada denied him the opportunity to compete fairly for senior management positions, in particular the position of Director, Bureau of Human Prescription Drugs. Originally filed n September of 1992, the complaint was heard by a tribunal during the course of several days in September and October of 1995. A decision was issued in March of 1996[xciii] dismissing the allegations of discriminatory treatment of the complainant in the staffing of a management position at the Department of National Health and Welfare. That decision was overturned on appeal due to the tribunal's legal error of excluding expert evidence related to issues of systemic discrimination.[xciv] The tribunal had excluded general evidence of a systemic problem at Health Canada that the complainant (and the Commission) had hoped to use to establish circumstantial evidence to infer that discrimination had occurred in the particular case of the complainant. The Federal Court returned the matter to the "original tribunal" to be disposed of on the basis of the record from the previous hearing and any further statistical evidence that the complainant or the Commission had sought to introduce, as well as materials in response that might be submitted by the respondent department. Since the original tribunal could not be reconstituted, a new tribunal was assigned to reconsider the matter in light of the Federal Court judgment.

A number of evidentiary issues were dealt with during the course of the new hearing. These included the question of the scope of new evidence that would be allowed, in particular as it applied to the respondent. The Tribunal determined that Health and Welfare should be allowed to lead new evidence even though it related to materials already placed before the original tribunal. It reasoned that the statistical evidence potentially reinforced the particulars of the complainant's case. As the respondent's original assessment of the alleged *prima facie* case against it affected the type of evidence it chose to submit in its defence at the original hearing, the Tribunal determined that fairness required that the respondent be allowed to tender evidence that went beyond the strict facts and issues raised by the new statistical evidence. At the same time, the Tribunal ruled that the respondent could not hold in reserve its evidence and move, at the conclusion of the complainant's case, that the allegations be dismissed as having failed to establish a *prima facie* case. In other words, the respondent would have to elect not to submit evidence on the substance of the allegations if it chose to present a motion for dismissal on this basis, something it ultimately declined to do.[xcv]

[xcii] *Chopra* v. *Department of National Health and Welfare* (13 August 2001), T.D. 10/01 (C.H.R.T)

[xciii] *Chopra* v. *Department of National Health and Welfare*, [1996] C.H.R.D. No. 3 (C.H.R.T.)

[xciv] See *Canadian Human Rights Commission* v. *Department of National Health and Welfare* (1998) 146 F.T.R. 106 (F.C.T.D.); see also (1999) 235 N.R. 195 (F.C.A.).

[xcv] Rebuttal evidence that the Commission wished to introduce following the respondent=s

The Tribunal also set out the principles that should guide it with respect to findings of fact made by the original tribunal. It emphasized that it would be imprudent for it to start reassessing the testimony of witnesses whom it had not directly heard. However, should new evidence be received, it would be incumbent on the Tribunal to reassess the issue to which it related. As to issues not related to new evidence, the Tribunal ruled that it was still entitled to reassess if there was "a palpable or manifest error in the first Tribunal's assessment of the facts or an error in its conclusion as to the law."[xcvi] Beyond these matters, the Tribunal determined that it should defer to the findings of fact made by the original tribunal.

The Tribunal's decision explains in detail the factual circumstances surrounding the allegations of race discrimination. The manner in which the competition for this position was conducted, its temporary staffing and the ultimate appointment of the successful candidate to it (during the period 1990-92) was the central substantive focus of the Tribunal. With respect to the final competition (March-April, 1992), it concluded that the complainant had been screened out due to a lack of managerial experience. Since the complainant's failure to make the list of qualified candidates was the result of applying an objective criterion, he had failed to establish a *prima facie* case of discrimination.[xcvii] Nevertheless, the evidence before the Tribunal raised other issues about possible discrimination against the complainant related to denial of opportunities. As the Tribunal observed: "...[T]he most important and troubling question is whether there is any evidence linking Dr. Chopra's lack of management experience to the actions or omissions of the employer and whether they are somehow associated with an adverse differential treatment based on a prohibited ground under the *CHRA*."[xcviii]

This question was ultimately answered in the affirmative. To support its conclusion, the Tribunal pointed to several facts: (i) the failure of the department to appoint the complainant as acting Director, (ii) the appointment of someone else as acting Director even though the

---

case was, in large measure, refused by the Tribunal. It took the view that principles of fairness to the respondent required a complainant to present its relevant evidence during the initial presentation of its case. In the matter before it, the Tribunal determined that three of the four witnesses proposed by the Commission intended to give evidence that the respondent could not reasonably have anticipated at the close of its case. See tribunal decision, *supra* note 91 at para. 12-15.

[xcvi] For the Tribunal's discussion of this question see paragraphs 16-30 of its decision, *supra* note 91.

[xcvii] In this regard, the Tribunal also adopted the findings of fact of the original tribunal: AI see no reason to disagree with the Soberman Tribunal=s findings that the Complainant possessed little line management experience for the senior management position he was seeking. I also agree that the Department=s prerequisite of management experience for the indeterminate position of Director of a Bureau was a reasonable justification to screen him out.@ *Ibid.* at para. 257.

[xcviii] *Ibid.* at para. 259.

individual failed to meet the stated qualifications, (iii) the assumption of a senior manager that some "cultural" groups lacked "soft skills" related to communicating, influencing and negotiating.[xcix] The failure to appoint him on an acting basis was, in all the circumstances, crucial. As the Tribunal said: "The consequences of this failure by Health Canada to give Dr. Chopra the chance to act in this position when this opportunity arose are significant. Had he assumed these duties for all or part of the period leading up to the final competition, he would have acquired the recent management experience required to be screened into that competition."[c] Instead, the respondent appointed a person who was not a member of a visible minority to act on an interim basis, a person who did not meet the stated requirements of the position. As to the complainant, the Tribunal found "...that essentially no thought was given to appointing Dr. Chopra at all, he was simply perceived as lacking the 'soft skills', consistent with the Assistant Deputy Minister's general perception of certain persons with diverse cultural backgrounds. I find that this inference is more probable than other possible inferences. Applying the test articulated in the *O'MALLEY* case, I am satisfied that the evidence is sufficient to justify a verdict in the Complainant's favour in the absence of an answer from the Respondent, and that the Complainant and the Commission have established a *prima facie* case of discrimination such that the burden then shifts to the Respondent to provide a reasonable explanation for its actions."[ci]

The respondent then pointed to the lack of managerial skills of the complainant to justify the decision not to appoint him on an acting basis. Given a number of inconsistencies in the evidence regarding the staffing of the position on an acting basis and, more importantly, the established fact that the person appointed to act did not meet the qualifications for the job, the Tribunal found the explanation offered by the respondent to be pretextual. Since the respondent was unable to satisfy the burden of proof, the complaint was found to be substantiated, at least insofar as it related to the failure of the respondent to offer the complainant the opportunity to act as Director on an interim basis.[cii] As to remedy, the Tribunal chose to allow the parties to

---

[xcix] Regarding the appointment on an acting basis of an unqualified candidate, the Tribunal said: AWhat is striking about this appointment is that Dr. Franklin was not qualified for the position. Any mistaken belief on the part of the Respondent that she was qualified would have been put to rest on July 9, 1991, when the PSCAB ruled that she did not meet Athe knowledge qualification for the position@ nor the bilingual requirement. Although she had been found unqualified, the Respondent continued to employ her in the position, even after the PSC directive was issued ordering that she cease working on September 20, 1991. Over this entire period, of course, Dr Chopra continued to express his objection to her ongoing employment in the position, yet at no time did the Respondent see fit to appoint him or assign him to perform these duties on an acting basis.@ *Ibid.* at para. 264-65.

[c] *Ibid.* at para. 266.

[ci] *Ibid.* at para. 276.

[cii] The decision varied the findings of the original tribunal. On this point, the Tribunal said: AIn coming to the conclusion that the Respondent is liable, I realize that I may be a variance with some of the findings of the Soberman Tribunal. However, I believe that my decision has been made in accordance with my authority to substitute my view where I find that there was a

negotiate a suitable settlement, but retained jurisdiction to hear arguments on the issue should the parties fail to agree.

Statistical evidence regarding systemic discrimination, which had been excluded at the first hearing, played no significant role in the Tribunal's conclusion that the respondent had discriminated against the complainant. Nevertheless, the Tribunal's views in this regard give insight into how such evidence may be treated in the future. As the Tribunal acknowledged, the Federal Court has established that statistical evidence of systemic discrimination may be introduced as circumstantial evidence to infer that discrimination probably occurred in a particular case. However, additional evidence must be presented in cases of individual complaints that links the statistical data to specific acts of alleged discrimination. As applied to the case before it, the Tribunal underscored that "...even if the existence of systemic barriers to the promotion of visible minorities in the EX group was established, the Commission would be required to demonstrate a link between this evidence and the evidence, both direct and circumstantial, of individual discrimination in Dr. Chopra's situation, in order for a *prima facie* case to be established."[ciii]

The Tribunal found that there were serious methodological deficiencies in the expert evidence presented by the Commission that vitiated its reliability. The labour pools or "feeder groups" used by the Commission's witness in determining the availability of visible minorities for appointment to EX or management positions were considered inappropriate. For example, personnel data was distributed between two broad categories from which EX appointments are made that did not reflect the relative numbers coming from each group. This resulted in an over-estimation of the available candidates who might be expected to belong to visible minorities. The Commission's witness had also used a "static" analysis in establishing the representation rates of visible minorities, as opposed to an analysis based on "applicant flow". The former determines the representation rate at a specific moment in time, whereas the latter determines it over a period of time. The Tribunal felt that the use of a "static" analysis did not provide reliable data with respect to hiring patterns over time, which was important to establishing circumstantial evidence of discrimination. The Tribunal also criticized the methodology used by the expert witness because of the absence of any statistical testing of the findings. While the relatively small amount of data may render such statistical testing ineffective, the Tribunal pointed out that "...if numbers are 'too small', there is no logical justification for making any inference that discriminatory barriers exist against entry by visible minorities into the EX category."[civ]

---

palpable or manifest error in the first Tribunal=s assessment of the facts. In addition, much of the relevant evidence on these issues was received by me during the second set of hearings, including the expert evidence of Dr. Weiner and the testimony of Dr. Liston. I must necessarily assess this new evidence in light of the overall evidence including that of the first Tribunal.@ *Ibid.* at para. 284.

[ciii] *Ibid.* at para. 211.

[civ] *Ibid.* at para. 229. For a more complete review of these evidentiary issues see para. 213-237 of the decision.

A further evidentiary matter considered by the Tribunal was issue estoppel. In its final submissions to the Tribunal, the Commission pointed out that the issue of systemic discrimination at senior management levels in the Department of Health and Welfare had already been litigated and decided in another case ("NCARR").[cv] That being so, the Commission argued that the respondent should be precluded from relitigating an issue regarding which a finding had already been made (upholding the validity of the allegation). The NCARR case concerned a complaint under section 10 of the *CHRA* alleging that the Department was engaged in a discriminatory practice reflected in a policy or practice that deprived or tended to deprive a class of individuals (visible minorities) of employment opportunities. Dr. Chopra was both a witness at that proceeding and at the time chairperson of the Employment Equity Committee of NCARR. After reviewing the law applicable to issue estoppel, the Tribunal concluded that while the issues in the two cases were similar, the actual employee groups under scrutiny were sufficiently distinct to render inapplicable the doctrine of issue estoppel. Moreover, the Commission itself had effectively waived any right it might have had to plead issue estoppel by leading evidence on the issue of systemic discrimination and by its failure to raise the issue at an earlier moment in the proceedings. While this produced a conclusion which appeared at odds with that arrived at in previous adjudication on the class action, the Tribunal emphasized that it would be capricious to set aside its own findings, which were based on evidence it actually heard (and adduced by the Commission itself), in favour of findings based on evidence that was materially different and submitted in the context of another proceeding.

In *Nkwazi* v. *Correctional Service Canada*[cvi] allegations of race and colour discrimination in the workplace were upheld, in part, by the Tribunal. The complainant is a black woman born in Zimbabwe who immigrated to Canada in 1983. Following the successful completion of a Bachelor of Science degree (and previous upgrading of her nursing skills), she accepted part-time employment in October 1995 at the Regional Psychiatric Centre (RPC) operated by Correctional Service Canada in Saskatoon. Her status as a nurse at RPC was that of a casual employee governed by the terms of a three month contract, which meant she was called to work on an as-needed basis. Her casual contract was renewed nine times, though her contract stipulated that she could work no more than 125 days in any 12 month period.

The alleged discrimination against the complainant occurred in and around the time when a competition for a term staff nurse position took place. The evidence (extensively reviewed in the decision of the tribunal) established that a member of management attempted to exclude the complainant from consideration by unjustifiably insisting she take a one week rest period beginning on the anniversary of the date she first began working at RPC. It was alleged (wrongly) by the Respondent that all casual employees were required to take a one week break at the end of each 12 month period of work. As it applied to the complainant, the alleged rest period coincided with the competition for the nursing position and an unusually short time frame for applications. The Tribunal found that no one else but the complainant was subject to a deliberate attempt to exclude them from the competition (by attempting to restrict their

---

[cv] *National Capital Alliance on Race Relations (NCARR)* v. *Canada (Health and Welfare)* (1997), 28 C.H.R.R. D/179 (C.H.R.T.).[hereinafter *NCARR].*

[cvi] *Nkwazi* v. *Correctional Service Canada* (5 February 2001), T.D. 1/01 (C.H.R.T.).

knowledge of it). In particular, no Caucasian employee was so treated. The Tribunal therefore concluded, on a balance of probabilities, that the complainant's race and colour were motivating factors in the actions taken by management at RPC. Notwithstanding the attempt to exclude her, the complainant did subsequently compete for the term staff nurse position, but failed to make the eligibility list.

The poor performance of the complainant in the competition was explained by nervousness caused by the fact that the very person who attempted to exclude her from consideration sat on the panel that interviewed the candidates. In light of this, the Tribunal concluded that the complainant had not been given a fair opportunity to compete on a level playing field. While the Tribunal could not find that the actions of management effectively denied the complainant access to the position in question, it indicated that these actions would be taken into consideration when assessing damages.

Of even greater concern to the Tribunal were allegations of intimidation of the complainant following her complaint of discriminatory treatment, in particular the failure to renew the complainant's term contract as a casual employee. While management at Correctional Service Canada maintained that this decision had been taken because of poor performance, the Tribunal could find no credible evidence to support the claim. The testimony offered was vague and devoid of any specific detail relevant to the performance of the complainant's duties as a nurse at RPC.[cvii]

While the Tribunal recognized that current provisions of the *CHRA* make a retaliatory act an independent discriminatory practice, the events relevant to this complaint predated amendments to the *Act* that brought these provisions into force. This raised the rule against giving retrospective effect to a new enactment, precluding the Tribunal from considering the retaliatory acts as an independent basis for liability under the *CHRA*. However, the Tribunal determined that such acts could be considered when assessing damages that resulted from the discrimination suffered by the complainant relevant to the competition for the staff nursing position.

In light of the relationship between the retaliatory act and the original discriminatory act, the Tribunal ordered that Correctional Service Canada reinstate the complainant as a casual employee at RPC for a three-month term at the first reasonable opportunity, and to renew the contract thereafter as a function of the needs of the institution. It further ordered payment for

---

[cvii] In referring to the testimony of management, the Tribunal observed: AMr. Brecknell says that there were problems with Ms. Nkwazi=s charting. It would presumably have been a very simple matter for Mr. Brecknell to produce specific patient charts in order to illustrate the nature of his concerns in this regard. No charts were produced, however, and Mr. Brecknell was unable to identify a single instance where Ms. Nkwazi=s charting was less than adequate...I reject this allegation in its entirety. Similarly, no details were provided with respect to the patient complaints that Mr. Brecknell says that he received, beyond the amorphous allegation that there were problems with Ms. Nkwazi=s interaction. When challenged, Mr. Brecknell was unable to provide the name of a single patient who complained to him about Ms. Nkwazi. Ms. Thompson's allegations with respect to Ms. Nkwazi's purported difficulties interacting with patients were equally lacking in specificity." *Ibid.* at para. 215-216.

lost wages, an order that took into consideration an inappropriate job reference that had been given to another prospective employer of the complainant.[cviii] The concern of the complainant that negative comments by management at RPC would spread in the health care community if she too actively sought other employment had inhibited her efforts to find other employment. With respect to non-pecuniary damages for pain and suffering and due to the wilful and reckless nature of the discriminatory acts, the Tribunal found that current provisions in the *CHRA* (introduced in June of 1998) that allow for a maximum of $20,000 under both headings should not be applied to events that occurred before the provisions were adopted.[cix] However, the Tribunal awarded the maximum damages of $5,000 that were available under the *CHRA* prior to the 1998 amendments.

Failure to substantiate allegations of discrimination before the Tribunal often turns on the credibility of witnesses. In *Wong* v. *Royal Bank of Canada*[cx] it was the lack of credibility of the complainant herself that resulted in the complaint being dismissed. The case involved a conflictual relationship between Ms. Wong and her employer with whom she worked for approximately two and a half years. Disagreements arose regarding performance appraisals and the inability of the complainant to achieve the promotions she thought she deserved. At a certain point her depressive illness was such that she could not return to work and was put on short term disability by the Bank. Eventually she began receiving long term disability from the Bank as well. The complainant alleged that her difficulties in getting the work for which she felt she was qualified, as well as denial of access to training programs, was due to her being of Chinese origin. After she began receiving disability payments she filed a complaint alleging that the Bank had discriminated against her by refusing her job opportunities because of her race and national or ethnic origin and by refusing to accommodate her disability (stress and depression). Her complaint was ultimately amended to cover the termination of her employment by the Bank approximately two years into her disability payments.

The credibility of the complainant was seriously damaged by what the Tribunal characterized as numerous examples of her being selective in what information she disclosed and adopting a strategy of deception or untruths. These included failure to disclose information relevant to her work status to insurance companies handling the disability insurance, concealing information

---

[cviii] Regarding this issue, the Tribunal ordered that Correctional Service Canada provide the complainant with a letter of reference that truly reflected her performance as a nurse and to respond to verbal inquiries in a manner consistent with the letter of reference.

[cix] The Tribunal canvassed the law as it applied to the legal presumption against retrospective effect, pointing out that the provisions in question were not exclusively procedural in nature but created new liabilities. Since using them in the case before it would mean attaching prejudicial consequences to prior acts, it felt that the presumption should apply. For a more complete discussion of this issue see paragraphs 257-269 of the Tribunal decision.

[cx] *Wong* v. *Royal Bank of Canada* (15 June 2001), T.D. 06/01(C.H.R.T.). Another decision of the Tribunal rejecting a complaint that turned exclusively on the credibility of witnesses is: *D'Arc Vollant* v. *Sante Canada et Reine Parenteau et Noella Bouchard* (6 April 2001), D.T. 4/01 (C.H.R.T.).

from her employer relevant to her work status and misleading medical professionals with respect to personal information relevant to her depression. In point of fact, the complainant's employment with the Bank was terminated after it discovered that she was working at a trust company at the same time as receiving disability benefits.

Given the lack of credibility of the complainant, the Tribunal gave considerable weight to the testimony of other witnesses. The Tribunal found the evidence as a whole supported the Bank's view that the complainant had been treated fairly and equitably with respect to job performance assessment and access to training programs. Rather than being motivated by race or ethnic origin discrimination, the failure of the complainant to gain admission to the AMPB program related to her lack of competitiveness when compared to the other applicants. This conclusion was reinforced by the fact that four applicants of Chinese origin were accepted for the program as a result of the same competition in which the complainant participated. The eventual termination of her employment by the Bank was justified given the lack of honesty the complainant had demonstrated by collecting disability payments from the Bank while working for another financial institution.

Allegations that the Bank had failed to accommodate the complainant's depression were also rejected by the Tribunal. The Tribunal pointed to ample evidence about the fair and reasonable way the Bank had responded to her medical condition, underscoring that she had received the full six months of short-term disability payments, following which long-term disability was paid until the Bank discovered her lack of integrity. As to the complainant's contention that it was her illness that lay at the root of her dishonesty, the Tribunal referred to the psychiatric evidence heard at the hearing to the effect that depressive illness short of psychosis does not preclude rational decisions. In short, psychiatric patients do not lie more than members of the general public. Lack of honesty is just not an illness issue and cannot therefore be explained away as part of a general depressive condition.

The credibility of the complainant was also at issue in the case of *Baptiste* v. *Correctional Service Canada*,[cxi] which involved another nurse with CSC. Ms. Baptiste alleged that she was denied promotional and career opportunities, that she was inappropriately assessed on her performance appraisals and that her work as a nurse at the Matsqui Institution was generally devalued because she is black. The evidence established that considerable conflict and animosity existed between the complainant and other staff members at the Matsqui Institution. Bad feelings also existed in her relationship to immediate supervisors and in her dealings with prisoners who at various times fell under her care.

At the outset of its decision, the Tribunal underscored the difficulties it had in explaining the selective and apparently flawed memory of the complainant regarding various incidents and documents relevant to the allegations of discrimination that had been attested to by various witnesses called by Correctional Services. It found that to accept the testimony of the complainant would require a finding that all these witnesses "...lied on the witness stand, that these incidents never happened, and that the documents purporting to record the incidents were

---

[cxi] *Baptiste and CHRC* v. *Correctional Service Canada*(6 November 2001), T.D. 12/01(C.H.R.T.).

fabrications."[cxii] In refusing to make such a finding, the presiding member of the Tribunal went on to declare that "I do not know whether Gloria Baptiste is consciously lying when she says that she did not receive these documents and that the recorded discussions and incidents never happened, or whether, for some reason, her memory is profoundly flawed. Either way, I am left with very serious reservations about the general reliability of her testimony. As a result of these concerns, unless otherwise noted, where the testimony of Gloria Baptiste conflicts with that of other witnesses, I prefer the testimony of the other witnesses."[cxiii]

The atmosphere that prevailed in the prison hospital was depicted in the evidence as often crude, in great part because of the attitude of inmates towards the staff. For example, it was not unusual for nurses to be called "douche bag" or to be compared in a vulgar fashion to female sex organs. A male nurse was sometimes referred to as "faggot" and "queer". In the case of the complainant, she often received the epithets "black bitch" and "jungle bunny".[cxiv] The evidence before the Tribunal was consistent in demonstrating that racial intolerance was generalized throughout the inmate population. The rough environment within the prison hospital spilled over from time to time into the way various members of the staff expressed themselves as well. The Tribunal found that some of the complainant's peers had periodically referred to her in racially derogatory terms. Even her immediate supervisor in a moment of exasperation had referred to the complainant as the "black bitch", though the complainant was not present at the time and the supervisor quickly apologized to other members of the staff who had overheard her remark. The Tribunal referred to this remark as having been "intemperate"[cxv] and not reflective of an attitude of racial intolerance.

With respect to the complainant's performance appraisals, the Tribunal concluded that the complainant's supervisor had become increasingly frustrated with her attitude and behaviour, that co-workers considered the complainant rude, aloof and unwilling to be a team player, and that several serious incidents of poor judgment had been appropriately recorded in performance appraisals. The Tribunal did not consider the "intemperate" remark referred to above was sufficient to establish that the poor performance appraisals had been unfair or motivated by racial intolerance. It emphasized that the complaint was not about the 'poisonous work environment' but rather about the alleged unfairness in the evaluation of her work performance. On this issue, the Tribunal found that the appraisals were detailed and careful and that the complainant was not treated any differently than her co-workers in the process of evaluating their performance on the job.

In dismissing the complaint, the Tribunal pointed out that the use of racially derogatory language by inmates should be discouraged. While it admitted that this could probably never be completely eliminated, the Tribunal found it disturbing that verbal excesses were also reflected

---

cxii *Ibid.* at para. 18.

cxiii *Ibid.* at para. 19.

cxiv *Ibid.* at para. 85

cxv *Ibid.* at para. 100.

in the behaviour of members of the staff of Correctional Services. Even though the evidence in the case at bar did not establish that the complainant was adversely affected by racial intolerance regarding the issues of performance appraisals and denial of opportunities, the Tribunal underscored that the management of Correctional Services should take steps to ensure in the future that the use of racial derogatory epithets was effectively sanctioned.

Apart from issues of credibility, an allegation of discrimination may fail simply because of the insufficiency of evidence placed before the Tribunal. This was the case in *Cizungu* v. *Développement des ressources humaines Canada*,[cxvi] which involved a complainant of African origin who worked in a call centre as a term employee (responding to French-language inquiries) from January 5 to June 10, 1998. This period of time covered two term contracts back-to-back. Following the refusal of the department to offer him a third contract, the complainant alleged that he had been discriminated against because of his race, colour and national or ethnic origin. At the time the complaint was filed, the complainant alleged that no explanation had been given to him to justify the refusal to renew his contract. However, the complainant testified before the Tribunal that reference had been made to his African accent by a departmental manager as being the reason for the non-renewal of his contract.

Two departmental witnesses testified that the question of accent was never an issue in evaluating the performance of the complainant. The difficulties that arose related to problems of communication experienced by the complainant, such as inflexibility in choice of phrase and repetitive responses to clients with difficulties of understanding. It was also noted that the duration of calls handled by the complainant were consistently longer than those taken by his colleagues. The Tribunal itself judged that the slight accent of the complainant was no impediment to understanding what he said. In light of all these factors (and the fact that the original complaint made no mention of the issue of accent), the Tribunal concluded that the reason for the non-renewal of contract had no relationship to the complainant's African accent when speaking French.

Age

The Tribunal dealt with allegations of discrimination based on age in the case of *Morris* v. *Canada (Canadian Armed Forces)*.[cxvii] The complaint was made by a long-time member of the Canadian Forces in September of 1996 who alleged that he was passed over for promotion to the rank of Master Warrant Officer because he was too old. He subsequently reached the age of mandatory retirement (55) and was released from the Forces in 1999.

The Canadian Forces stated that, while Mr. Morris satisfied all the criteria for promotion from Warrant Officer to Master Warrant Officer, his ranking on the annual Merit Lists (arrived at in part through performance evaluation) was too low to justify (according to the Canadian Forces) his being selected for promotion. The number of promotions in any given year were limited and

---

cxvi *Cizungu and CHRC* c. *Développement des ressources humaines Canada* (31 July 2001), D.T.. 9/01(C.H.R.T.).

cxvii *Morris* v. *Canada (Canadian Armed Forces)* (20 December 2001), T.D. 17/01(C.H.R.T.).

priorities were established by reference to the annual Merit Lists.

The assessment of a member's performance was arrived at by a complex process of yearly evaluations involving immediate commanders and other personnel. The results were recorded in an annual Performance Evaluation Report (PER) for each non-commissioned officer above the rank of Corporal. While numerical ratings were assigned for each "objective" component of a member's performance evaluation, the overall assessment of a member was relative to that of other members. Moreover, the relative ranking of various Warrant Officers was arrived at through meetings that took place prior to the finalization of each member's PER.

Although the PER was composed of a "quantitative assessment"[cxviii] of a member's performance across 14 aspects of employment, it did not constitute the only factor considered in establishing the annual Merit List. The National Merit Board charged with that responsibility also evaluated what was referred to as a member's "potential". Various elements were identified as falling within the category of "potential" and the relative weight to be assigned to each element was sometimes mentioned. The ranking of a member for the Merit List was therefore arrived at by the Board by both a review of his PER file and an assessment of his potential.

With respect to direct evidence that age was a consideration in denying the complainant a promotion, the Tribunal was unable to conclude that a Chief Warrant Officer's opinion that age was a liability actually influenced the establishment of the relevant Merit Lists. Nor did it find that anecdotal evidence about the prevailing attitude in the Forces regarding age was sufficient to prove that discrimination had been present in the specific case of the complainant. However, circumstantial evidence did establish to the satisfaction of the Tribunal that a general opinion prevailed in the Forces that older members did not get promoted. The Tribunal also emphasized that the assessment of a member's potential introduced a possible subjective factor into the process of establishing the Merit Lists. In the case of the complainant, it noted that a significant discrepancy existed between his high PER scores and the lower scores he was accorded with respect to potential. This occurred during a time period when the complainant was one of the oldest, if not the oldest, of the Warrant Officers being assessed. The circumstantial evidence was therefore sufficient, in the eyes of the Tribunal, to establish a *prima facie* case that age had been a factor in the denial of promotion to the complainant.

The Tribunal rejected the explanations proffered by the respondent to justify the denial of promotion to the complainant. It pointed out that while factors such as educational upgrading, communication skills, leadership, and experience with deployments and operational missions were properly identified by the respondent as related to potential, no comparative evidence was presented that would have allowed the Tribunal to determine whether the scores given to the complainant were justifiably lower than those awarded his peers.

With respect to remedy, the Tribunal ordered that the complainant be promoted to the rank of Master Warrant Officer effective September 1, 1993; and that the respondent pay him the difference in salary to which he would have been entitled up to his retirement on April 1, 1999, as well as adjust the retirement severance package to reflect the rank he would have held at the

---

[cxviii] *Ibid.* at para. 23.

time he retired. The Tribunal also ordered special compensation of $3,000 for hurt feelings and loss of self-respect.

Internet Communication of Hate Messages

The Tribunal has recently issued an important decision regarding the application of subsection 13(1) of the *CHRA* to a website containing messages that allegedly exposed persons of Jewish faith and ethnic origin to hatred and contempt.[cxix] Subsection 13(1) makes it a discriminatory practice "for a person or group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination."[cxx] The complaint before the Tribunal involved material posted on a Homepage (Zundelsite) and accessible on the World Wide Web that denounced in vitriolic terms the alleged fraud of the Holocaust, Jewish/Zionist/Marxist racketeers who allegedly mounted a Holocaust extortion scheme, the supposed Judaization and attendant mental and spiritual circumcision of Western civilization, a long list of supposed lies by the Jewish Lobby, and various con games, cheating and infamous acts said to have been committed by the Jews.[cxxi]

Before reaching the substantive issue of whether material available on the Zundelsite spread hatred or contempt, the Tribunal first dealt with two preliminary questions raised by the respondent (Ernst Zündel); namely, (i) who effectively exercised control over the Zundelsite and (ii) whether the material available on the website communicated telephonically. The respondent had maintained that the individual who owned and operated the website was an American citizen resident in the United States. In support of his contention, he pointed to a clause inserted at the end of the Zundelsite table of contents that specifically identified Dr. A Rimland as owner and operator of the site. However, there was also ample evidence before the Tribunal that Zundel was personally involved in the preparation, selection and editing of materials found on the site. The Tribunal pointed out that the *CHRA* does not require proof of legal ownership but rather sufficient evidence to establish that the respondent, acting alone or in concert, caused the offending documents to be communicated. In this regard, it concluded: "We are not persuaded that the inclusion of a single disclaimer found at the bottom of the Table of Contents on the Zundelsite is sufficient to displace the overwhelming evidence of control in the hands of Zundel. We would also note that the *CHRA* specifically contemplates that individuals might act in concert to communicate messages that contravene subsection 13(1). Even if Ms. Rimland maintained some level of control, the evidence supports the finding that, at all material times, she

---

[cxix] *Citron and CHRC et al.* v. *Zündel*(18 January 2002), T.D. 1/02(C.H.R.T.)[hereinafter *Zundel*].

[cxx] *Supra* note 1 at s. 13(1).

[cxxi] For more detail see the Tribunal=s summary of the documents and pamphlets placed before it in evidence, *supra*.note 118 at para. 120.

was acting in concert with the named Respondent."[cxxii]

Having found that Zundel controlled the site and caused the materials in question to be communicated, the Tribunal turned to the question of whether such communication fell within the scope of the term "telephonic". While expert evidence heard by the Tribunal diverged regarding the descriptive terms best applied to Internet communication, the Tribunal found that in "Canada the network access points and the Internet all run over the same circuits or lines that are used for telephone activity. Like the commercial reality for users wishing to connect with their ISP [Internet Service Provider], the overwhelming proportion of links between an ISP and the Internet backbone, or transmissions among Internet backbone providers use circuits that are, and were, a part of the global telephone network."[cxxiii] The factual relationship of Internet communications to telephone networks thus raised the question of whether the notion of "communicate telephonically" under subsection 13(1) of the *CHRA* should be construed to include transmission of information by means of a website.

As a point of departure, the Tribunal emphasized that the interpretation of human rights legislation must be undertaken within the context of its underlying purposes. It referred to the Supreme Court summary of the general purposes of the *CHRA* as being the promotion of equal opportunity unhindered by discriminatory practices. With respect to the specific harm to equality interests that subsection 13(1) was designed to alleviate, the Tribunal adopted the reasoning of the Supreme Court to the effect that "...messages of hate propaganda undermine the dignity and self-worth of target groups members and, more generally, contribute to disharmonious relations among various racial, cultural and religious groups, as a result eroding tolerance and open-mindedness that must flourish in a multicultural society which is committed to the idea of equality."[cxxiv] The Tribunal also underscored that while the provisions of subsection 13(1) were intended to censure hate messages that could very well result in further acts of discrimination by those who listened to them (such as discriminatory denial of employment, housing or the provision of other services), they also sought to avoid independent harm to members of a vilified group that flowed directly from the communication. In the words of the Tribunal: "Equally important, there is an 'intensely painful reaction' experienced by individuals subjected to the expression of hatred. The mere fact that they are singled out for recurring, public vilification can erode an individual's personal dignity and sense of self-worth."[cxxv]

In light of the above-mentioned legislative purposes, the Tribunal refused to construe the act of communicating telephonically as limited to traditional telephone hardware designed for voice transmission. It found that the adverb "telephonically" relates to the means by which

---

[cxxii] *Ibid.* at para. 44.

[cxxiii] *Supra* note 118 at para. 66.

[cxxiv] *Ibid.* at para. 77. The Tribunal quoted from the Supreme Court decision in *Canada (Human Rights Commission)* v. *Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at 919[hereinafter cited as *Taylor*].

[cxxv] *Supra* note 118 at para. 81.

communication is effected and not simply to the particular device that might be used: "Whether a message is communicated aurally, by voice, or visually, by text, has no effect on its capacity to influence the listener, or humiliate the subject. Nor does the specific device used to effect the communication alter the harmful character of the message conveyed. A telephone handset is not uniquely effective in the communication of hate messages...In our view, moreover, the interpretation we have adopted is the only form of analysis that can readily take into account advances in technology, and keep pace with those developments. A static interpretation of subsection 13(1), where telephonic communication is restricted to voice transmissions using a conventional telephone device, would dramatically reduce the effectiveness of the *CHRA* as an aid to the promotion of equality."[cxxvi] The Tribunal also noted that hate messages on the Internet represented a greater threat to equality goals than traditional telephone communications, due to the vast amount of information that can be transmitted and the ease with which it can be accessed and down loaded.[cxxvii]

The last issue of statutory interpretation (before addressing the constitutional issues related to freedom of speech) concerned the substantive evaluation of the materials found on the Zundelsite. Were they likely to expose a person or persons to "hatred" or "contempt" within the meaning of subsection 13(1)? In conducting this evaluation, the Tribunal used the Supreme Court's view that the type of communications caught by the terms of that section were those likely to arouse "unusually strong and deep-felt emotions of detestation, calumny or vilification"[cxxviii] against members of a group, as well as those communications that looked down on or treated members of a group as being inferior. It found that materials on the Zundelsite vilified Jews in the most "rabid and extreme manner...[characterizing them] as "liars, cheats, criminals and thugs' who have deliberately engaged in a monumental fraud designed to extort funds..."[cxxix] In short, the Tribunal concluded that readers of the materials in question would hold "Jews in very low regard, viewing them either with contempt, scorn and disdain, or hatred, loathing and revulsion."[cxxx] It rejected the argument that Mr. Zundel was only engaging in an on-going historical debate about past events, pointing out that the manner in which his views

---

[cxxvi] *Ibid.* at para. 85-86.

[cxxvii] Much of the Tribunal=s approach to interpreting subsection 13(1) is drawn from the Supreme Court decision in *Taylor*, which predates the technological advances underpinning Internet transmissions. In applying the reasoning found in *Taylor* to the *Zundel* case, the Tribunal said: AWe appreciate that the Supreme Court of Canada in *Taylor* focussed their analysis on the use of a telephone answering machine to deliver pre-recorded messages. There is nothing in that decision, however, that in our view restricts the application of subsection 13(1) to such devices. As we have already determined, the guiding principles outlined in the majority judgment in *Taylor* provide support for the conclusion that we have now reached regarding the issues of statutory interpretation raised in this complaint.@ *Ibid.* at para. 98.

[cxxviii] *Ibid.* at para. 80, citing *Taylor* at 928.

[cxxix] *Ibid.* at para. 140.

[cxxx] *Ibid.* at para. 140.

were expressed was clearly inflammatory and tainted with animus towards all Jews. The Tribunal accepted that there must be ample room for legitimate debate and discussion regarding the events surrounding the Second World War: "If this truly were a neutrally worded, "academic" debate, our analysis might be quite different. The tone and extreme denigration of Jews, however, separates these documents from those that might be permissible. We have found that it is the linkage between the author's view of these events and the extreme vilification of Jews as a consequence: it is their denunciation as liars, racketeers, extortionists and frauds that is likely to expose them to hatred and contempt."[cxxxi]

The respondent also challenged he constitutional validity of subsection 13(1) of the *CHRA*, based on freedom of expression in section 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although the constitutional validity of subsection 13(1) had already been upheld by the Supreme Court of Canada in *Canada (Human Rights Commission)* v. *Taylor*,[cxxxii] the respondent took the position that any attempt to expand the scope of subsection 13(1) to include Internet communications would necessarily place in question the applicability of the previous Supreme Court decision. That decision, argued the respondent, should be read in light of its own particular facts, which involved the communication of a message through a telephone answering service. Seen in its factual context, the *Taylor* decision resulted in only a minimal impairment of freedom of speech. This would not be the case if the result in *Taylor* were applied to an interpretation of subsection 13(1) that included Internet communications within its scope. In the view of the respondent, any expansion of the scope of subsection 13(1) to include Internet communications required a new assessment of whether it constituted a reasonable limit on freedom of speech demonstrably justified in a free and democratic society (section one of the *Charter*). The respondent felt that such a reassessment would show that subsection 13(1) was no longer a reasonable limit.

The Tribunal reviewed in detail the reasoning the Supreme Court in *Taylor*, which had applied the legal principles inherent in any inquiry under section one of the *Charter*. It noted that the Supreme Court had addressed its mind to whether the legislative purpose underlying subsection 13(1) was sufficiently important to justify restricting freedom of expression. The promotion of equal opportunity and the avoidance of psychological harm to members of groups targeted by hate messages were found by the Court to be important objectives that justified reasonable limits being imposed on freedom of speech. Moreover, the specific measures found subsection 13(1) were seen to be proportionate to the objective being sought, in the sense they were not arbitrary, unfair or irrational; nor did they impair freedom of expression any more than necessary; nor did they produce effects so severe as to constitute an unacceptable abridgment of freedom of expression. The Court in *Taylor* also found that dispensing with the need to prove intent under subsection 13(1) did not run afoul of the proportionality test under section one of the *Charter*:

Clearly an intention to expose others to hatred or contempt on the basis of race or religion is not required in subsection 13(1). As I have just explained, however, subsection 13(1) operates within the context of a Human Rights Statute. Accordingly, the importance of isolating effects (and hence ignoring intent) justifies this absence of a *mens rea* requirement. I also reiterate the

---

[cxxxi] *Ibid.* at para. 154.

[cxxxii] [1990] 3 S.C.R. 892.

point that the impact of the impugned section is less confrontational than would be the case with a criminal prohibition, the legislative framework encouraging a conciliatory settlement and forbidding the imposition of imprisonment unless an individual intentionally acts in a manner prohibited by an order registered with the Federal Court."[cxxxiii]

The Tribunal accepted that the facts in the *Zundel* case raised potential restrictions on freedom of expression that went beyond those considered in *Taylor*. It therefore felt bound to engage in an analysis under section one of the *Charter* to determine if subsection 13(1) still constituted a reasonable limit on freedom of expression.[cxxxiv] In so doing, it referred once again to the underlying purposes of the *CHRA* and, more specifically, subsection 13(1):

> "In our opinion, changes in technology that alter and expand the means of telephonic communication cannot diminish the importance of the purpose found in subsection 13(1) to prevent messages of hatred and contempt directed at identifiable groups that undermine the dignity and self-worth of those individuals. The Internet, as a technology, is capable of purveying and transmitting the same kind of hate messages restrained under subsection 13(1) in *Taylor*. We conclude therefore that while the Internet introduces a different context from the traditional use of the telephone, the first branch of the *Oakes* test is satisfied. Parliament's intent to prevent serious harms caused by hate propaganda remains a matter of pressing and substantial importance and this is so whether such messages are borne through the medium described in *Taylor* or through the Internet...We cannot read into Taylor an intention that the matter of pressing and substantial importance was to be confined narrowly to the facts in evidence in that case. We see no basis for such a restricted interpretation having in mind what the Court has said about the high purpose of the *Canadian Human Rights Act*."[cxxxv]

The means chosen to achieve the purpose of suppressing hate propaganda were also found to satisfy the test of proportionality, despite the factual differences between the case at bar and the *Taylor* case. The Tribunal pointed out that the type of messages targeted by subsection 13(1) were distant from the core value of freedom of expression. The latter was therefore restrained in a minimal way and no more than necessary to achieve the important objective of the legislation. It concluded that it was eminently rational to interpret subsection 13(1) as including messages

---

[cxxxiii] *Ibid.* at 935-936. Reproduced at para. 187 of the Tribunal's decision, *supra* note 118.

[cxxxiv] In this regard, the Tribunal concluded: AThere are, in our opinion, real differences between the facts in Taylor and the facts now before us. Moreover, there are potentially significant differences in the impact on freedom of expression based on these facts that require a fresh analysis and application of the principles discussed in *Taylor*. The Supreme Court of Canada dealt with the telephone as a medium of communication, whereas here we are dealing with a relatively new, growing and pervasive medium of communication, the Internet. The benefits to be secured by application of subsection 13(1) must continue to outweigh the seriousness of the infringement that the subsection imposes on freedom of expression when applied to the facts of this case.@ *Supra* note 118 at para. 229.

[cxxxv] *Ibid.* at para. 233-235.

repeatedly transmitted on the Internet:

> "As a society, our disapproval of hate messages does not depend narrowly on whether they are found on a telephone-answering device. Parliament has spoken. If the telephone is ideally suited to the effective transmission of prejudicial beliefs as part of a campaign to affect public beliefs and attitudes, how much more effective and ideally suited is the Internet to the efficient transmission of such detrimental beliefs...Since the focus of subsection 13(1) is on 'repeated' telephonic messages that are likely to expose persons to hatred or contempt, attention is directed to large scale, public schemes for the dissemination of hate propaganda. The structure of the Internet communications makes it especially susceptible to this analysis. It is difficult for us to see why the Internet, with its pervasive influence and accessibility, should be available to spread messages that are likely to expose persons to hatred or contempt. One can conceive that this new medium of the Internet is a much more effective and well-suited vehicle for the dissemination of hate propaganda."[cxxxvi]

The section one analysis conducted by the Tribunal regarding restrictions on freedom of expression was also applied to the respondent's claim that his freedom of conscience and religion under the *Charter* had been unreasonably limited by subsection 13(1). It therefore concluded that any limitations imposed on the respondent's freedom of conscience or religion were reasonable and justified in a free and democratic society within the meaning of section one of the *Charter*. The Tribunal also rejected the respondent's argument that his rights under section 7 of the *Charter* to "life, liberty and security of the person" were breached by subsection 13(1), referring to the fact that any cease and desist order from the Tribunal regarding the material available on the Zundelsite did not in any way physically restrain the respondent (hence his liberty interest was not engaged), nor place in question his security of the person. Finally, the Tribunal dismissed arguments that amendments to the *CHRA* modifying the power of the Tribunal to issue remedies for any breach of subsection13(1) created a legislative framework that could no longer be considered compatible with *Charter* rights. First, these amendments did not apply to the case at bar as it concerned facts that predated the amendments in question. Second, the increased scope of penalties under the amendments could not be construed as transforming available remedies into criminal law sanctions. In this regard, the Tribunal relied on findings in *Taylor* that, "as an instrument designed to prevent the spread of prejudice and to foster tolerance and equality in the community, the *CHRA* is very different from the *Criminal Code*. The aim of human rights legislation, and of subsection 13(1) is not to bring the full force of the state's power against a blameworthy individual for the purpose of imposing punishment. Instead, provisions found in human rights statutes generally operate in a less confrontational manner, allowing for a conciliatory settlement if possible and, where discrimination exists, gearing remedial responses more towards compensation of the victim."[cxxxvii] Applying this reasoning to the matter before it, the Tribunal found that the amendments relevant to remedies did not change the remedial nature of the *CHRA*, nor place in question its constitutional validity.

[cxxxvi] *Ibid.* at para. 238 and 240.

[cxxxvii] *Ibid.* at para. 256.

In light of its findings, the Tribunal issued an order against Ernst Zundel and any other individuals acting in his name to cease the discriminatory practices related to the Zundlesite that were reflected in the material placed before the Tribunal, or reflected in any other material of a substantially similar form or content. In so doing, it recognized the limits of remedial power available in the case:

> "There always exists the possibility that an individual, wholly unrelated to a named respondent, will engage in a similar discriminatory practise. The technology involved in the posting of material to the Internet, however, magnifies this problem and arguably makes it much easier to avoid the ultimate goal of eliminating the material from telephone communication. Nonetheless, as a Tribunal we are charged with the responsibility of determining the complaints referred to us, and then making an Order if we find that the Respondent has engaged in a discriminatory practise. We cannot be unduly influenced in this case by what others might do once we issue our Order. The Commission, or individual complainants, can elect to file other complaints, or respond in any other manner that they consider appropriate should they believe that there has been a further contravention of the Act."[cxxxviii]

TRIBUNAL INTERIM ORDERS

Withdrawal of a Party Before Hearing

Two complaints involving alleged discrimination based on sex were referred to the Tribunal, to be heard together in a single inquiry in light of common issues of fact and law.[cxxxix] However, prior to the commencement of the hearing the complainant notified the other parties and the Tribunal that she no longer wished to pursue the matter and withdrew her complaint. The respondent then took the position that there was no longer any public interest in continuing with a hearing into the complaint and that the Tribunal should decline to proceed any further. However, the Commission opposed the request of the respondent, arguing that the Tribunal had no discretion in the matter and was obliged to continue with the proceedings. It also argued that only the Commission was vested with the authority to determine if a hearing should be discontinued for reasons of the public interest.

The Tribunal noted that this issue had to be resolved by reference to the underlying objectives of the *CHRA*: "In examining the statutory scheme governing complaints of discrimination at the federal level, it is important to keep in mind that human rights complaints are not strictly private disputes. Human rights legislation, and its enforcement, serve both public and private purposes: the public purpose being the elimination of discrimination in society as a whole, and the private purpose being the determination of individual rights and remedies in individual cases."[cxl] These

---

[cxxxviii] *Ibid.* at para. 298-299.

[cxxxix] *Murphy and CHRC* v. *Halifax Employers' Association and Halifax Longshoremen's Association (Local 269)*(27 February 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.).

[cxl] *Ibid.* at para. 12.

purposes are reflected in the fact that a complaint under the *CHRA* can be made by the victim of alleged discrimination as well as by the Commission directly (section 40). In addition, the *CHRA* accords party status at an inquiry before the Tribunal to the complainant, the respondent and the Commission, the latter mandated to represent the public interest (subsection 50(1) and 51).

Regarding the particulars of the case before it, the Tribunal pointed out that the anticipated inquiry was based only on two individual complaints, there being no suggestion that the Commission had ever contemplated exercising its authority under section 40(3) of the *CHRA*.[cxli] While the *CHRA* mandates the Commission to represent the public interest at an inquiry on individual complaints, this fact does not transform the Commission into a party to the complaint itself. The Tribunal therefore concluded that there was no independent *lis* (legal action) between the Commission and the respondent making it possible to continue with proceedings when the complainant had withdrawn. In essence, once the individual complaints were withdrawn there was nothing left into which the Tribunal could inquire.

Situations may arise where the Commission itself decides to withdraw as a party prior to the hearing on an individual complaint. This arose in a case involving allegations of discrimination based on disability (alcoholism and depression) against the CBC.[cxlii] The complainant objected to the unexpected decision of the Commission to withdraw from the hearing, made just three days before the hearing was scheduled to begin. In his view, the public interest would not be served by allowing the withdrawal, especially when no justification for the decision had been offered. The complainant not only requested the Tribunal to force the Commission to remain as a party, but also to pay his legal costs. While the Tribunal deplored the inconvenience caused by the late withdrawal of the Commission, it found that it lacked the jurisdiction to assess the underlying reasons for the Commission's decision. It also lacked the authority to order that the complainant's legal costs be assumed by the Commission.

The impact of the death of a complainant on the continuation of a scheduled hearing was reviewed by the Tribunal in a case alleging discrimination based on disability.[cxliii] Prior to the scheduled hearing date, the parties advised the Tribunal that they had agreed in principle to settle the complaint and were in the process of finalizing the Minutes of Settlement. Unfortunately, the complainant died before the Minutes of Settlement had been signed and the agreement finalized.

[cxli] In this regard the Tribunal remarked: "*The Canadian Human Rights Act* specifically contemplates that there may be situations where the Canadian Human Rights Commission may want to proceed with a complaint in the absence of an individual complainant. If the Commission is of the view that Ms. Murphy's complaint raised issues of concern to the Commission, it is entirely open to the Commission to initiate complaints against the respondents pursuant to subsection 40(3) of the *Act*." *Ibid.* at para. 20.

[cxlii] *Sawyer et CCDP* c. *Société Radio Canada*(24 August 2001), Décision no.2 (C.H.R.T.).[hereinafter *Sawyer No. 2*].

[cxliii] *Stevenson and CHRC* v. *Canadian National Railway Company* (23 March 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.).

The respondent's counsel argued that, given the death of the complainant, there no longer existed a right to claim compensation or other relief under the *CHRA*. It based its position on the common law principle *actio personalis moritur cum persona* and the fact that nothing in the *CHRA* or other relevant legislation provided for the Estate of a deceased person to continue a complaint before the Tribunal.

In reviewing the position of the respondent, the Tribunal found that the *CHRA* extends beyond the vindication of individual rights and "engages the broader public interest of freedom from discrimination."[cxliv] It also noted that the parties before the Tribunal on an individual complaint include the Commission (representing the public interest) and (on order of the Tribunal) interveners. The Commission may also lay a complaint directly. In addition, the Tribunal referred to the types of remedies under the *CHRA* that extend beyond specific relief awarded a complainant, such as a "cease and desist order against the person who committed the discriminatory practice"[cxlv], and an order that a "person adopt practices in consultation with the Commission to redress the discriminatory practice."[cxlvi] In light of the overall regime of the *CHRA*, the Tribunal found that a complaint did not have the character of an "action" such that it would be included in the common law rule based on *actio personalis*. To decide otherwise, reasoned the Tribunal, would allow an "anachronistic" legal maxim (now abolished in England and the common law provinces of Canada) "to override the purpose and objectives of the *Canadian Human Rights Act*."[cxlvii]

Expert Witnesses

The Tribunal has reviewed the applicability of provisions in the *Canada Evidence Act*[cxlviii] (regulating the number of expert witnesses) to hearings under the *CHRA*.[cxlix] The issue arose when the respondent provided the Commission and the complainant with a list of 10 expert witness it proposed to call. Counsel for the complainant objected, citing section 7 of the *Canada Evidence Act* that requires a party to seek leave of a court or tribunal to call more than five expert witnesses.[cl]

---

cxliv *Ibid.* at para. 25.

cxlv *Ibid.* at para. 30.

cxlvi *Ibid.* at para 30.

cxlvii *Ibid.* at para. 33.

cxlviii *Canada Evidence Act,* R.S.C. 1985, c. C-5.

cxlix *Public Service Alliance of Canada and CHRC* v. *Minister of Personnel for the Government of the Northwest Territories* (25 July 2001), Ruling No. 9 (C.H.R.T.)[hereinafter *GNWT No. 9*].

cl Section 7 provides: "Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional

As a point of departure, the Tribunal emphasized that a presumption of coherence and consistency should be applied when interpreting statutes adopted by the same legislature. This means that a harmonious interpretation of the *Canada Evidence Act* and the *CHRA* should be favoured. While the Tribunal explicitly declined passing judgment on any provision other than section 7 of the *Evidence Act*, it pointed out that the *Act* as a whole provides a set of basic principles applicable to any proceeding. It being an *Act* of general application ("a highly developed and carefully thought out body of evidence law"[cli]), the *Evidence Act* "should not be supplanted without a clear expression of intent from Parliament."[clii]

The Tribunal also drew a distinction between substantive rules of evidence that govern questions of admissibility and rules that relate to questions of practice and procedure. Section 7 of the *Canada Evidence Act* is best characterized as falling within the latter. The Tribunal felt this distinction important in avoiding any perceived conflict between section 7 and the provisions found in subsection 50(3)(c) of the *CHRA* that empower the Tribunal to receive evidence whether or not it might be admissible in a court of law.

The Tribunal further found that the underlying purpose of section 7, which is to provide ample opportunity to present evidence without turning the proceedings into a showcase of experts, accords well with the purposes of the *CHRA*. Far from entrammelling the authority of the Tribunal, the provision in question arguably extends the powers of the Tribunal to control proceedings before it. In concluding that section 7 applies to human rights hearings, the Tribunal characterized it as a "reasonable compromise"[cliii], pointing out that it could see no reason why a party should not be required to explain why more than five expert witnesses were needed to support its case.

Although case law existed that interpreted section 7 as applying to each factual issue raised, the Tribunal preferred to interpret the rule of five as applying to the total number of expert witnesses a party intended to call to establish its case as a whole. To decide otherwise, reasoned the Tribunal, "...would open the trial process to a virtually unlimited number of witnesses, particularly in a complex case, and deprive the court of its power to regulate the process."[cliv]

---

or other experts entitled according to the law or practice to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be called on either side without leave of the court or judge or person presiding."

[cli] *Supra* note 148 at para. 11.

[clii] *Ibid.*

[cliii] *Ibid.* at para. 28.

[cliv] *Ibid.* at para. 32. The Tribunal's detailed review of the case law can be found at paragraphs 29-44. It should be noted that the Tribunal concluded that the leading case relied on to establish that section 7 should be applied to each issue raised, rather than to a party's case as a whole, had been rendered *per incuriam*. The Tribunal felt therefore that this particular decision could be justifiably disregarded.

Access to preliminary or draft documents used in the preparation of expert opinion evidence was at issue in a recent interlocutory decision of the Tribunal.[clv] The respondent in the case had requested answers to a number of written questions from the Evaluation Committee mandated to evaluate jobs for the purposes of pay equity. The resultant document, entered as an exhibit at the hearing, was the basis for the opinion evidence of the expert witness. The respondent argued that it was important to understand the process by which the final document was produced, in particular the nature of discussions and exchanges that had taken place amongst members of the Committee. It therefore requested access to the preliminary and draft documents, as well as responses and comments, that led to the final adoption of the Committee's report. This request was opposed by the other parties, notably because it would be contrary to the public interest to create a precedent requiring notes, observations and interim writings of experts to be produced before the Tribunal. The other parties felt that this would just simply open the door to the systematic destruction of preliminary materials, to which a discovery order might apply, once a final document had been produced.

In deciding this issue, the Tribunal took note of diverging lines of jurisprudence. One set of past decisions excluding discovery of such preliminary materials was based upon the concept of litigation privilege. These decisions viewed the latter as akin to solicitor-client privilege to which a very high degree of confidentiality applied. Other decisions treated the concept of litigation privilege as distinct from that applied to the relationship of solicitor and client. They stand for the proposition that, once an expert witness is called at a hearing, any litigation privilege that might exist regarding preliminary materials is automatically waived. While not attempting a final resolution of the underlying divergence in the case law, the Tribunal concluded that a rule of relevancy should be applied to the requested materials. It found that there was indeed some relevance in understanding the process by which the Committee had arrived at its opinion regarding job evaluation. Accordingly, the draft documents and responses thereto were ordered produced and delivered to the respondent, with copies to all other parties.

Medical Records

The rule of confidentiality that applies to the doctor-patient relationship may have to be balanced against the right of a respondent on a human rights complaint to provide a full answer and defence. A Tribunal decision has dealt with a request for access to medical records where a complainant was seeking an award for pain and suffering.[clvi] The Tribunal found that the confidentiality and privacy rights of an individual can be waived expressly or be implied by an individual's acts. It noted that the commencement of legal action in a court of law for personal injuries caused by the negligence of another renders a plaintiff's medical records of vital importance to a fair and just resolution of the dispute. Applying this reasoning to human rights proceedings, the Tribunal found that "...when claiming compensation for pain and suffering, a

---

clv *Public Service Alliance of Canada (and the Canadian Human Rights Commission)* v. *Canada Post Corporation* (23 October 2001), Ruling No. 4 (C.H.R.T.). .

clvi *McAvinn and CHRC* v. *Strait Crossing Bridge Limited* (3 January 2001), Ruling No. 3 (C.H.R.T.)[hereinafter *McAvinn No. 3*].

complainant implicitly accepts some intrusions upon his privacy as well as the possibility that the respondent will be able to access his medical records and files or, put more broadly, his personal health information. This does not, however, entail that the complainant grants the respondent a licence to delve into private aspects of his life which are not related to his claim or are not arguably relevant for the proper disposition of the litigation."[clvii]

The Tribunal applied this rule of relevancy to the requested records in the case at bar and ordered access to various documents in the possession of named doctors and other health care officials. However, the Tribunal directed that any documents so produced be reviewed by the Chairperson in order to determine their admissibility in evidence. It also noted that the parties had agreed that the documents would be vetted by the Tribunal to determine which ones were actually related to the medical condition in question. This arrangement would "...ensure the proper protection of the privacy and confidentiality rights of the complainant without depriving the respondent of his right to have access to all relevant information and to present a full answer and defence. The agreed process will prevent unnecessary and vexatious infringements of the complainant's rights since the tribunal will be in a position to supervise and control the procedures that must be undertaken before the production of any relevant document."[clviii]

Application of *CHRA* to House of Commons

A complaint of discrimination against the Speaker of the House of Commons gave rise to the issue of whether the principle of parliamentary privilege is broad enough to preclude an employee from pursuing a complaint under the *CHRA*.[clix] It was argued by the Speaker that all matters relevant to the employment of persons by a legislative assembly like the House of Commons were beyond the jurisdiction of the Tribunal. Other court decisions tended towards a more refined test to be applied whenever a claim of parliamentary privilege is invoked. As the Tribunal pointed out, the privilege existed in order to protect the core functions and the dignity, integrity and efficient operations of legislative bodies. A claim of privilege must therefore be assessed by reference to these underlying purposes. With respect to employee relations, the Tribunal approved of reasoning in a recent Ontario decision[clx] that one must look to whether an employment claim against the legislature concerned matters that were central to its work and essential functions. If so, the privilege would apply to preclude the intervention of the courts. Assessing a claim of privilege against this standard would help prevent potential abuses from being inappropriately concealed. The Tribunal summed up its approach by adopting the

---

clvii *Ibid.* at para. 9.

clviii *Ibid.* at para. 20.

clix *Vaid and CHRC* v. *House of Commons and Honourable Gilbert Parent* (25 April 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.)[hereinafter *Vaid no. 1*]. The Tribunal ruling was appealed to the Federal Court, whose decision is discussed above under the heading *Judicial Review of Tribunal Decisions*.

clx *Ibid.* at para. 9. See *Soth* v. *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly)*(1997), 32 O.R. (3d) 440 (Ont. Div. Ct.).

following advice: "The courts, while vigilant to ensure that they do not interfere with the business of the legislature, must also be vigilant to ensure that parliamentary privilege is not carried so far that it interferes unnecessarily with the rights of citizens to have access to the courts in relation to matters that do not interfere with the parliamentary business of the legislature."[clxi]

With respect to the case at bar, the Tribunal concluded that it was not necessary to protect the dignity, integrity and efficient functioning of the House of Commons to exclude in principle the normal operation of human rights laws. More specifically, employment of the complainant as chauffeur to the Speaker did not constitute a matter that fell within the core operations of the legislature. Accordingly, the Tribunal was found to have the necessary jurisdiction to conduct a hearing into the complaint of discrimination.

A dissenting opinion from one member of the Tribunal took issue with the conclusions reached by the majority. While she agreed with the basic test to apply (i.e. whether the matter in issue falls within the necessary sphere of matters without which the dignity and efficiency of the House cannot be upheld) she found that "...the weight of judicial and arbitral jurisprudence favours the view that the appointment and management of staff falls indeed within the parliamentary privilege of the Speaker and the House of Commons."[clxii] Furthermore, this privilege exists as a matter of constitutional law and cannot be altered or varied by the general terms of the *CHRA*. It is Parliament itself that retains the constitutional authority to legislate the scope of its privilege, which presumably would be done in a clear and unambiguous fashion. While the *CHRA* is quasi-constitutional in nature (and hence takes precedence over other statutes in cases of conflict), it cannot operate to override a parliamentary privilege that enjoys constitutional protection.

Concurrent Jurisdiction

A complaint referred to the Tribunal had previously been the subject of both grievance procedures and an application to the Canadian Labour Relations Board.[clxiii] The respondent therefore took exception to the matter being "relitigated" before the Human Rights tribunal, relying on a Supreme Canada decision to the effect that, "where the essential character of a dispute arises under a collective agreement, a claimant must proceed by way of arbitration."[clxiv] However, the Tribunal pointed out that the Supreme Court decision in question did not remove all possibility of concurrent jurisdiction between labour arbitrators and statutory human rights adjudication processes. With respect to the case before it, the Tribunal was also not convinced

---

clxi *Supra* note 158 at para. 28.

clxii *Ibid.* at para. 15 of dissenting opinion.

clxiii *Quigley and CHRC* v. *Ocean Construction Supplies* (17 September 2001), Ruling No. 2 (C.H.R.T.)..

clxiv *Ibid.* at para. 4. The Supreme Court decision referred to is: *Weber* v. *Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929.

that the essential nature of the complaint arose under the collective agreement. However, it noted that arguments based on issue estoppel and *res judicata* might conceivably be raised by the respondent. No such arguments had in fact been raised, thus precluding the Tribunal from passing judgment on them at that time. The respondent's application on the question of jurisdiction was therefore dismissed.

Impact of Bell Decision (Trial Level)

The Federal Court decision (November 2, 2000) in *Bell Canada* v. *CTEA et al.*[clxv], regarding the impartiality and independence of the Tribunal, was relied on subsequently to challenge the legality of hearings being conducted on a number of separate and unrelated complaints.[clxvi] In each case, the Tribunal came to the conclusion that the reasoning of the Federal Court in *Bell* was not confined to the adjudication of complaints regarding which actual guidelines had been issued. It found that "...the problem relating to the guidelines stems from the provisions of the *Canadian Human Rights Act* giving the Commission *the power* to make guidelines, and not from the existence of the guidelines themselves."[clxvii] Consequently, the issue of a perceived lack of impartiality arose even in cases that had no connection to pay equity guidelines.

The Tribunal also concluded that any impairment of Tribunal independence associated with the Chairperson's power to extend the mandate of a member, should it expire during the course of a hearing, did not hinge on the manner in which that power was exercised in any given case. It therefore followed that the specific duration of a member's mandate was irrelevant to the institutional problem identified by the Federal Court.[clxviii]

In light of the scope of the Federal Court decision, and its binding nature, the Tribunal felt constrained to adjourn proceedings *sine die* in the various cases cited here. Nevertheless, it did so with reluctance, pointing out that "[i]t is well established that there is a public interest in

---

clxv *Bell Canada* v. *CTEA, CEP and Femmes Action and the CHRC*,[2001] 2 F.C. 392(T.D.).

clxvi *Perley* v. *Tobique Band* (22 March 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.), *Premakumar* v. *Canadian Airlines International* (12 April 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.), *Parent* c. *Lignes aériennes Royal* (12 April 2001), Décision No. 1 (C.H.R.T.), *Wilkinson* v. *B.C. Telephone Company* (21 March 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.), *Jackson* v. *Staff Sergeant Robert Taubman* (17 January 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.), *Rampersadsingh* v. *Dwight Wignall* (24 January 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.), *Caza* c. *Télé-Métropole* (11 April 2001), Décision No. 1 (C.H.R.T.).

clxvii In *Perley* v.*Tobique Band, ibid.* at para. 7.

clxviii In *Premakumar* v. *Canadian Airlines International*, *supra* note 165 at para. 11,, the Tribunal said: "I do not accept the submission that it is unlikely that the term of a member hearing this case will expire before the hearing is completed, and thus the issue of extending the members' terms is not likely to arise. The problem that Tremblay-Lamer J. identified with the statute relates not to the way that the Chairperson's discretion may be exercised in a particular case, but rather to the existence of the discretion itself."

having complaints of discrimination dealt with expeditiously. The effect of my decision to adjourn this matter *sine die* does not serve this public interest...However, the public interest extends beyond speedy justice: Canadians involved in the human rights process are entitled to hearings before a fair and impartial Tribunal. According to the Federal Court, the Canadian Human Rights Tribunal is not such a Tribunal."[clxix]

The procedural facts of a given case may give rise to a finding that a party has waived its right to object to hearings on the grounds of perceived institutional bias or lack of independence. In effect, a party is obliged to raise these issues at the first reasonable opportunity in the process. The Tribunal has identified the reasons that justify imposing this obligation on the parties to a hearing: "There are several reasons favouring such a policy: a timely objection allows for the early determination of the issue. Parties are not put to the unnecessary expense of preparing for a hearing that may not proceed at the last minute. Early determination of the objection also allows the Tribunal to manage its process, the scheduling of its members, and the allocation of tax-payer funded resources in the most efficient manner possible."[clxx] In two cases, the Tribunal concluded that the respondents who raised the issue of impartiality had not done so at the earliest practicable opportunity, thus waiving their rights in this regard.[clxxi] There was therefore no further impediment to the continuation of hearings into the substance of the underlying complaints.[clxxii]

Finally, three Tribunal rulings were issued after the Federal Court of Appeal overturned the Trial Division regarding the issues of impartiality and independence.[clxxiii] In all three instances, the reasoning of the Court of Appeal was applied and challenges to the Tribunal's jurisdiction were dismissed. Furthermore, the fact that a respondent might appeal the Court of Appeal decision to a higher court was considered irrelevant to determining if a hearing before the Tribunal should be adjourned.

[clxix] *Ibid.* at para. 23-24.

[clxx] See *Perley* v. *Tobique Band*, *supra* note 165 at para. 15. On the procedural facts of this case, the Tribunal concluded that the right to object had not been waived.

[clxxi] *Stevenson* v. *Canadian National Railway Company* (23 March 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.), *Corbeil* v. *Pro North Transportation and Brian Glass* (15 February 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.).

[clxxii] Reference should be made as well to one Tribunal decision that authorized the partial continuation of a hearing (despite the *Bell* decision) in order that an expert witness could complete his testimony. The reconvening of the hearing for this purpose only was considered necessary in order to avoid considerable future delays in completing that testimony. See *Public Service Alliance of Canada* v. *Canada Post Corporation* (18 April 2001), Ruling no. 3 (C.H.R.T.).

[clxxiii] *Laurentian Bank of Canada* v. *Canadian Human Rights Commission* (27 June 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.), *Larente* v. *C.B.C.* (5 July 2001), Ruling No. 1 (C.H.R.T.), *Sawyer* c. *Société Radio-Canada* (3 July 2001), Décision No. 1 (C.H.R.T.).

PROCEDURAL AND INTERLOCUTORY MATTERS

Application of *CHRA* to First Nations

A constitutional challeng to the jurisdiction of the Human Rights Tribunal to hear a complaint against a company wholly owned by the Ermineskin Cree Nation (the AErmineskin@) was recently made by Originating Notice of Motion before the Court of Queen=s Bench of Alberta.[clxxiv] The jurisdictional issue was first raised when the Commission asked the Ermineskin to respond to a complaint it had received involving termination of employment because of disability. The Ermineskin maintained that its right to self-government under section 35 of the *Constitution Act, 1982*[clxxv] rendered the *CHRA* inapplicable to its activities. The Commission took the view that it did indeed have jurisdiction to investigate the complaint and ultimately referred the matter to the Human Rights Tribunal for adjudication.

The Ermineskin sought a stay of proceedings from the Court on the basis that the Tribunal did not have the jurisdiction to decide the underlying constitutional issue or, if it did, that the Court of Queen=s Bench should exercise its concurrent jurisdiction as being the more appropriate forum to hear the matter and to issue an effective remedy. In considering the Ermineskin motion, the Court looked first to a line of Supreme Court judgments that recognize the power of an administrative tribunal to determine the impact of the *Charter of Rights and Freedoms*[clxxvi] on its enabling statute, provided that the tribunal is otherwise authorized to decide questions of law. It emphasized, however, that this power of an administrative tribunal does not extend to a declaration of invalidity and Ais limited to refusing to apply a provision which it has determined to be unconstitutional.@[clxxvii] Moreover, the decision-making authority of administrative tribunals in this regard is subject to judicial review where no crucial deference is given to its decision. With respect to the Human Rights Tribunal, its enabling statute clearly gives it the authority to decide all questions of law or fact necessary to determining the matter before it. The Court therefore concluded, basing itself on the Supreme Court *Charter* decisions, that the Tribunal was fully competent to determine questions involving the constitutional validity of its enabling statute.

While the Court acknowledged efforts of the Ermineskin to distinguish issues canvassed in the Supreme Court *Charter* decisions from the issues raised under section 35 of the *Constitution Act,*

---

clxxiv *The Ermineskin Cree Nation* v. *Canada (Canadian Human Rights Tribunal)* (7 September 2001), 2001 ABQB 760 , No. 9903 18454 (Alta.QB)[hereinafter *Ermineskin*].

clxxv *Constitution Act, 1982,* being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), (1982), c. 11[hereinafter the *Constitution Act, 1982*]. The provision in question (s. 35 of the *Constitution Act, 1982*) provides that: "The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed."

clxxvi *Supra* note 2.

clxxvii *Supra* note 173 at para. 20.

1982, it felt obliged to follow case law that clearly established that tribunals are fully competent to examine the boundaries of their own jurisdiction.[clxxviii] In its view, there was no reason in principle to distinguish A...*Charter* questions from section 35 questions in the context of the Tribunal=s jurisdiction to consider constitutional questions. In either case, the decision-maker is simply applying the tests set out in the case law to determine if the particular right claimed is protected by the Constitution.@[clxxix]

Even though bound by the higher court decisions, the Court of Queen=s Bench expressed its concerns that A[t]he issues that will be determined in this case, the law that will be argued, and the evidence given on the jurisdictional question go far beyond the nature of inquiries usually before the Tribunal or those contemplated by the *CHRA*.@[clxxx] It found that these factors are relevant to determining if a section 96 court (which the Court of Queen=s Bench clearly was) should exercise its undoubted concurrent jurisdiction to decide a constitutional issue. In the case at hand, the Court underscored that a A...section 35 hearing would take the Tribunal far out of its area of expertise and require it to make difficult evidentiary findings and to deal with complex historical evidence.@[clxxxi] Furthermore, it seemed inevitable that one party or another would seek judicial review of any decision of the Tribunal, thus causing increased delays in getting to the merits of the underlying claim of discrimination. Even the inherent complexity of the issues involved would, reasoned the Court, run the risk of draining resources from the proper adjudication of other complaints within the jurisdiction of the Commission and cause even further delays in the processing of claims. Finally, the Court pointed out that, while the Tribunal may be competent to decide a constitutional issue, it cannot issue a declaration of invalidity and its decisions lack the force of *res judicata*. For all these reasons the Court determined that it was best suited to hear the constitutional arguments. It therefore granted a stay of proceedings but subject to a number of conditions, most importantly the condition that the Ermineskin commence formal proceedings before the Court within 30 days relevant to the underlying constitutional issue. Should the Ermineskin fail to meet this 30 day limit, the Court indicated that the stay of proceedings would be lifted and the Tribunal would be authorized to continue with its hearing.

Discovery of Documentary Evidence

An application for judicial review of a Commission decision to dismiss a complaint under subsection44(3)(b)(i) gave rise in a recent case to a preliminary motion regarding production of a

---

[clxxviii] It quoted the Supreme Court of Canada in *Canadian Pacific Ltd.* v. *Matsqui Indian Band* [1995], 1 S.C.R. 3 at 25-6: AIt is now settled that while the decisions of administrative tribunals lack the force of *res judicata*, nevertheless tribunals may embark upon an examination of the boundaries of their jurisdiction. Of course, they must be correct in any determination they make, and courts will generally afford such determinations little deference." Referred to in *Ermineskin*, *supra* note 173 at para. 44.

[clxxix] *Ibid.* at para. 51.

[clxxx] *Ibid.* at para. 52.

[clxxxi] *Ibid.* at para. 64.

wide range of documents.[clxxxii] The Motion was brought under Rule 317 of the Federal Court Rules that provides that Aa party may request material relevant to an application that is in the possession of a tribunal whose order is the subject of the application and not in the possession of the party by serving on the tribunal and filing a written request, identifying the material requested."[clxxxiii] The applicant requested all notes, documents, memorandum and any materials whatsoever relevant to her complaint. Her request was so broadly phrased that it covered essentially all material of any sort that the investigator had compiled or used during the course of the investigation.

Whether documents requested under Rule 317 are relevant is determined by reference to the grounds raised in an application for judicial review. In this particular case, the grounds raised covered jurisdictional issues, unsupportable findings of fact, legal error, failure to observe procedural fairness and acting on the basis of perjured evidence. The test of relevancy in the context of Commission decisions taken under the *CHRA* had been reviewed extensively in an earlier Federal Court decision (*Pathak*)[clxxxiv] and was relied on by the Commission in the instant case to object to the scope of the applicant=s Motion for production. The Court recognized in *Pathak* that the Commission is authorized to make its decisions on the basis of a report prepared by an investigator, that the law presumes the report accurately summarizes the evidence, and that this presumption must be taken into account when applying the test of relevancy. Thus, in the absence of any evidence that an investigator=s report is inaccurate or incomplete, other documents relied on when preparing the report (but unseen by the Commission) do not have to be produced under Rule 317.[clxxxv]

Despite the findings in *Pathak*, the Court in the instant case (where the Commission=s decision was made exclusively on the basis of the investigator=s report) concluded that the materials sought by the applicant were relevant to the grounds set out in the application. Though not specifically stated, one can only presume that the Court considered that allegations of fraud and false testimony might justify a request for some of the documents included in the Motion for production. Nevertheless, as the Motion was so broadly phrased as to bring within its scope any and all materials used in the investigation, the Court concluded that it must fail as amounting to a

---

[clxxxii] *Bradley-Sharpe* v. *Royal Bank of Canada* (18 October 2001), No. T-806-01 (F.C.T.D.)[hereinafter *Bradley-Sharpe*].

[clxxxiii] *Federal Court Rules*, SOR/98-106.

[clxxxiv] *Canada (Human Rights Commission)* v. *Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.).[hereinafter *Pathak*].

[clxxxv] The Federal Court in the instant case reproduced the following finding of the Court in *Pathak*: AOnly the report of the investigator and the representations of the parties are necessary matter for the Commission=s decision. Anything else is in the discretion of the Commission. If the Commission, therefore, elects not to call for some document, that document cannot be said to be before it in its decision-making phase, as opposed to its investigative phase. It is therefore not subject to production as a document relied upon by the Commission in its decision, although it may well have been relied upon by the investigator in his report.@ *Supra* note 181 at para. 13.

Afishing expedition@[clxxxvi] into the files of the Commission. In this regard, it quoted with approval from a previous Federal Court decision: AIt is long settled that judicial review proceedings are summary in nature, with no discovery or written pleadings, and the rules relating to those proceedings, including Rules 1612 and 1613 [now rules 317 and 318], are not intended to prolong summary proceedings or to permit a Afishing expedition@ for information.@[clxxxvii] While the applicant=s Motion was rejected because it was too vague and ambiguous, the Court nonetheless indicated that a subsequent Motion which was more specific and focused might be looked upon with greater favour.

Bell Canada Decisions

Last year=s *Legal Report* included discussion of two applications brought by Bell Canada that challenged interlocutory rulings of the Tribunal made during the course of hearings on a pay equity dispute.[clxxxviii] Both applications were rejected by the Federal Court but subsequently appealed. Regarding the application relevant to the admissibility or compellability of evidence, the Federal Court of Appeal has dismissed Bell Canada=s appeal.[clxxxix] The Court endorsed the principle that rulings on evidentiary matters should not be the subject of court applications until the Human Rights Tribunal has completed its proceedings. It stressed that this principle is Abased on the fact that the parties cannot know until the end of the proceeding whether a review of a particular interlocutory decision will be necessary; and on the fact that the inconvenience of the delay involved far outweighs any value in an early review.@[cxc]

With respect to the second application, the Court of Appeal noted that the applicant based its argument on subsection 40(1) of the *CHRA*, which authorizes Aan individual or group of individuals@ to file a complaint with the Commission. However, the issue of whether a union had standing to file a complaint had been previously raised by Bell in the same case but on a different application. This had occurred in 1996 on an application for *certiorari* and prohibition which sought to prevent the referral of the complaints to adjudication. At that time Bell had relied on subsection 40(2) in support of its position, a fact that was specifically noted by the Federal Court in denying the application. Having regard to the procedural history of the complaint, the Court of Appeal took the view that it Ais an abuse of process for Bell to advance now in a further interlocutory proceeding a new challenge to status based on a ground it could have invoked in the earlier proceedings. It is possible that this issue could be raised in judicial review proceedings after the panel has made its final decision, although the argument of *res*

[clxxxvi] *Supra* note 181 at para. 17.

[clxxxvii] *Ibid.* at para. 22. The decision quoted from is *Beno* v. *Létourneau* [1997] F.C.J. No. 535 (F.C.T.D.).

[clxxxviii] See *Legal Report 2000*, *infra* note 226 at p. 33-34.

[clxxxix] *Bell Canada* v. *CTEA, CEP, Femmes Action and Canadian Human Rights Commission* (2 May 2001), No. A-472-00 (F.C.A.).

[cxc] *Ibid.* at para. 5.

judicata may well be raised at that time and the Court will have to deal with the whole issue then.@[cxci] Bell=s appeal was therefore dismissed.

JUDICIAL REVIEW OF COMMISSION DECISIONS

The Commission enjoys broad discretionary powers with respect to the reception and processing of complaints under the *CHRA*. The cases highlighted in this section illustrate the type of issues that may result in Commission decisions being challenged before the Federal Court.

Complaint Form

Whether the Commission improperly declined to exercise its jurisdiction was the subject of an application for judicial review of a Commission requirement that a complainant sign a complaint form using the name appearing on her birth certificate.[cxcii] The case involved a complainant who had been living under the name of Micheline Montreuil for a considerable length of time, even though her birth certificate identified her as Joseph Yves Pierre Papineau Montreuil. In point of fact, all her credit cards, tax returns, bank accounts and other financial documents carried her assumed name of Micheline Montreuil. The Commission took the view that it was beyond its jurisdiction to accept a complaint signed with the name AMicheline Montreuil@, citing section 5 of the *Quebec Civil Code*[cxciii] that required judicial procedures to be engaged in a person=s name as it appeared on his or her birth certificate. In rejecting this position, the Federal Court pointed out that, while the *CHRA* gives the Commission the authority to determine what constitutes an acceptable form for a complaint, it cannot arbitrarily reject a complaint for reason only that it was not signed using the name of a person as it appeared on his or her birth certificate. The Court reasoned that the filing of a complaint did not in and of itself constitute a judicial procedure and hence was not caught by the formal rules set out in section 5 of the *Civil Code*. Given the mandate of the Commission, the Court felt it must show greater flexibility and less rigid formalism in determining the form in which a complaint should be filed. Its interpretation of section 5 of the *Civil Code* was also found to have been legally incorrect. In any event, the Court ordered that the complaint carry the name of AJoseph Ives Pierre Papineau Montreuil connu sous le nom de Micheline Montreuil@[cxciv] and that the complainant be allowed to sign the complaint with the name she normally used.

Minimal Grounds to Support a Claim

Complaints related to alleged facts that reveal no ground for further action will understandably be screened out by the Commission following preliminary investigations. This was recognized by the Federal Court in a recent judgement concerning a Commission decision to reject a

---

cxci *Bell Canada* v. *CTEA, CEP, Femmes Action and Canadian Human Rights Commission* (2 May 2001), No. A-491-00 (F.C.A.) at para. 4.

cxcii *Montreuil* c. *La Banque National du Canada* (21 August 2001), No. T-788-00 (F.C.T.D.).

cxciii *Civil Code of Quebec*, Art. 1260 C.C.Q.

cxciv *Supra* note 191 at para. 11.

complaint based on alleged gender and age discrimination where the underlying circumstances could not support it.[cxcv] The matter related to an altercation that occurred between Mr. Hem Ramlall and an employee of a Human Resources Development Centre. While seeking assistance for either job training or employment opportunities at an Employment Centre, Mr. Ramlall alleged that he was ordered to leave the Centre and was subsequently escorted out by a security guard. Though many calls and much correspondence were exchanged between the federal department responsible for the Centre and the complainant, the latter did not contact the Commission until 10 months later. The review of the complaint by the investigator revealed no information or indication that anyone at the Centre had referred to the applicant=s gender or his age. Mr. Ramlall was unable to supply any further information that could provide a link between the treatment he received at the Centre and a prohibited ground of discrimination under the *CHRA*. As a result, the Commission refused to accept the complaint. The Federal Court (on application to overturn the Commission=s decision) agreed that there was no reason for the complaint to be pursued by the Commission noting that, in the absence of other evidence, an impolite and rude confrontation between individuals does not justify further investigation by the Commission

Procedural Fairness

Decisions of the Commission not to refer a complaint to the Human Rights Tribunal can involve far more complex factual circumstances than those evident in the case just reviewed. In *Grover* v. *The National Research Council*,[cxcvi] the Federal Court considered an application arising from allegations of racial discrimination in employment that prompted a lengthy investigation by the Commission. The investigation included a review of materials submitted by the complainant, responses provided by the National Research Council (NRC), the transmission of those responses to the complainant with an opportunity to respond, meetings with the applicant by investigators and interviews with various persons involved in the employment setting of the complainant. The Commission found that the evidence presented did not support the alleged act of discrimination and the complaint was dismissed. The complainant sought judicial review of the Commission=s decision, alleging breach of procedural fairness, a biased and less than thorough investigation, an investigation allegedly conducted in bad faith and in an arbitrary manner, and a decision allegedly rendered without regard to the evidence presented.

In its decision, the Court cited well-known case law to the effect that the Commission is not obliged to hold anything like a formal hearing prior to making its decision in this regard and thus is not bound to respect the formal rules of natural justice applicable to judicial proceedings. However, in deciding whether there is a reasonable basis in light of all the evidence to proceed to the adjudicative stage, the Commission must comply with rules of procedural fairness. In the case at bar, the Court ruled that Dr. Grover "was not entitled to an oral hearing before the Commission when that body was considering the investigation reports...[nor is the Commission] required to embark upon an assessment of credibility when it reviews investigation report.[cxcvii]

[cxcv] *Ramlall* v. *Attorney General of Canada et al.* (22 June 2001), No. T-1696-99 (F.C.T.D.)

[cxcvi] *Grover* v. *National Research Council of Canada et al.* (21 June 2001), No. T-586-98 (F.C.T.D.).

[cxcvii] *Ibid.* at para. 57.

Although the Court found that the complainant was given every opportunity to respond to the evidence and submissions of the NRC (and in fact did so), it emphasized that the rules of procedural fairness also require that investigations be both neutral and thorough. Factual deficiencies in an investigation report clearly raise the issue of thoroughness. Some omissions can be rectified by a complainant bringing the matter to the attention of a decision maker such as the Commission, thus making judicial review unnecessary. Nevertheless, the Court recognized that judicial review will be available where Athe omission is of such a fundamental nature that merely drawing the decision-maker=s attention to the omission cannot compensate for it; or...where fundamental evidence is inaccessible to the decision-maker by virtue of the protected nature of the information or where the decision-maker explicitly disregards it.@[cxcviii]

The record before the Federal Court established that an important witness relevant to the allegations of racial discrimination had not been interviewed. The Court concluded that this omission Awas of such a fundamental nature that its absence could not be relieved simply by drawing it to the attention of the decision-maker, that is the Commission".[cxcix] The Court underscored that the Commission could not properly exercise its administrative discretion when relevant information pertaining to a complaint was not in its possession. The Court also suggested that Athe failure to interview a person who is vitally connected to the alleged discriminatory action may lead to the inference of pre-judgment by the investigator.@[cc] While no specific finding in that regard was made, the Court found that the Commission had breached its duty of procedural fairness and ordered that the complaints be returned to the Commission to be dealt with in a manner not inconsistent with its reasons.

Fundamental Omission

The issue of what constitutes a fundamental omission was also at the centre of the Federal Court=s decision in *Singh* v. *A.G. Canada.*[cci] The case involved allegations of harassment and employment discrimination based on ethnic or national origin and age arising from the decision of Human Resources Development Canada (HRDC) not to renew the employment contract of the complainant, a 51 year old woman of East Indian descent. The dispute surrounding the non-renewal of employment was investigated in the first instance by the Public Service Commission (PSC), insofar as issues of harassment and abuse of authority were concerned. The PSC determined that the allegations were unfounded. Soon after the decision of the PSC was issued the complainant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging that derogatory comments had been made to her by co-workers and that the decision to refuse renewal of her employment contract was based upon her national or ethnic origin and her age.

While some external interviews were conducted in the course of the Commission=s investigation of the complaint, much of the investigator=s report consisted of information taken from the previous report of the PSC. The Commission dismissed the complaint on the basis that the evidence did not support the allegations of harassment and discrimination in employment but,

---

cxcviii *Ibid.* at para. 63, citing *Miller* v.*Canada* (1996), 112 F.T.R. 195 at 201.

cxcix *Ibid.* at para. 66, citing *Slattery* v. *Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.), at 600-601.

cc *Ibid.* at para. 71.

cci *Singh* v. *Attorney General of Canada* (19 March 2001), No. T-2259-99 (F.C.T.D.).

rather, that the non-renewal of contract was unrelated to these claims.

On application for judicial review of the Commission=s decision, the Federal Court first confirmed that the Commission can properly exercise its discretion to dismiss a complaint in light of all the evidence, including statements from several witnesses contradicting the allegations and a performance review of a complainant=s work record. Moreover, an investigator for the Commission commits no error of jurisdiction by relying on evidence contained in a report of the PSC dealing with work-related matters within the latter=s competence, so long as an investigator=s conclusions are not simply based on that of the PSC. Nevertheless, the Court found that a serious issue remained in the case before it regarding the thoroughness of the investigation report upon which the Commission decision was made.

In reply to submissions made by HRDC, the complainant had maintained that information regarding work performance and shortage of work had been fabricated only after she had complained of discriminatory treatment. The Court observed that the investigator=s report contained no discussion of the possible pretextual nature of HRDC=s submissions, an omission it characterized as fundamental. It was fundamental A...because any investigation of discrimination must, at minimum, ascertain who the decision-maker is and contain some inquiry into why that decision-maker decided the way they did. In this case, that would mean that the investigator should have investigated who actually decided not to renew the applicant=s contract and why."[cii]

The Court pointed out that discrimination can be found to have occurred even though a primary reason may exist for dismissing an employee or not renewing a contract. Hence, the fact that the PSC had found that her slow work performance justified the decision not to renew her contract did not necessarily suggest that discrimination had not occurred. The Court therefore overturned the Commission=s decision and sent the matter back to the Commission to be dealt with in a manner not inconsistent with its reasons.

A further example of fundamental omission in the conduct of an investigation is found in *Sosnowski* v. *Minister of Public Works*.[ciii] The case involved a complaint of sex and age discrimination allegedly suffered in the course of employment. Ms. Sosnowski, a 56 year old women who had worked as a mechanical engineer for Public Works and Government Services Canada (PWGSC) for many years, lost her position and was obliged to take early retirement during a downsizing operation conducted by the department. She alleged that she had suffered adverse differential treatment over a period of time regarding project assignments that had a negative impact on her competitive position during the downsizing operation, and regarding a reverse order of merit evaluation linked to the assignment of surplus status. In addition, she alleged adverse differential treatment in access to alternative employment within the federal public service.

The investigation report (upon which the Commission based its conclusion to dismiss the complaint) contained a detailed review of the professional and work-history qualifications used

---

[cii] *Ibid.* at para. 23.

[ciii] *Sosnowski* v. *Minister of Public Works et al.* (29 November 2001), No. T-1168-00 (F.C.T.D.).

to assess employees within the department for appointment to positions of Project Manager. The report pointed out that the complainant had received low evaluation scores with respect to some of the qualifications. In particular, the investigation report reproduced the view of the departmental manager to the effect that "...all the incumbents demonstrated a consistent ability to deliver projects with the specified parameters with the exception of the complainant who frequently had over runs with project costs and schedules and had difficulty finalizing projects. This was also pointed out to the complainant in her performance appraisals from 1988/1989-1992/1993. The complainant also received the lowest mark (4) in other highly rated qualifications such as the ability to provide consistent and effective team leadership, the ability to deliver high standards of business performance by applying the principles of Market Based Charging, and the ability to maintain a consistently high level of client satisfaction."[cciv]

The Federal Court found that the above-reproduced portions of the investigation report contained a significant error of fact regarding the past evaluations of the complainant=s work. It found that those evaluations had all been consistently positive, in particular during the time period 1988-1993. The Court concluded that this error indicated that allegations of bias (based on age and sex) had not been adequately investigated by the Commission before making its decision. In addition, the Court considered the investigation report flawed insofar as it failed to address possible systemic discrimination. Though a mechanical engineer, the complainant had been consistently denied the opportunity to work in civil engineering projects. Her lack of experience was then subsequently invoked by the department to justify a low evaluation during the downsizing operation. In the words of the Court: A...PWGSC states that she received the only zero score in the civil engineering category because of her lack of exposure to civil engineering projects during her tenure. In contrast, a male colleague, who also was a mechanical engineer, had been assigned a civil engineering project and subsequently received a higher ROM score than the Applicant.@[ccv] Facts such as these suggested a pattern, in the eyes of the Court, that required an in-depth evaluation, A...especially in light of Canadian Human Rights Tribunal decisions in which a difference of assignments that have an impact on a complainant=s employment opportunities have been found discriminatory.@[ccvi] It therefore concluded that A[w]here, as in the present case, a senior and sole female engineer in her professional group experiences such obstacles and subsequently finds herself unemployed, procedural fairness requires a thorough investigation of the possible existence of systemic age and sex discrimination.@[ccvii] As a result, the complaint was referred back to the Commission for reconsideration.

Cross Disclosure of Party Responses

Requirements of procedural fairness were again at issue in *Moran* v. *Industry Canada.*[ccviii] The case involved allegations of discrimination in employment on the basis of physical disability arising from the decision of Industry Canada not to extend to a maximum of two years an

---

[cciv] *Ibid.* at para. 4.

[ccv] *Ibid.* at para. 10.

[ccvi] *Ibid.* at para. 11.

[ccvii] *Ibid.* at para. 14.

[ccviii] *Moran* v. *Her Majesty the Queen as represented by Industry Canada* (24 May 2001), No. T-1360-99 (F.C.T.D.).

eligibility list for appointment to the position of Senior Bankruptcy Officer. In 1994, Mr. Moran who had been seconded to Industry Canada, competed for the position and placed second out of two qualified candidates. Since the first candidate accepted the position, the complainant was therefore rendered first on an eligibility list for future appointments. Due to a minor stroke, the complainant was unable to work from the end of May 1995 to mid-October of the same year, at which time he returned to Revenue Canada when his secondment was terminated due to fiscal restraint. In April of 1996 a position as Senior Bankruptcy Officer became available at Industry Canada. However, the eligibility list dating from 1994 had expired on March 31, 1996 and had not been renewed. Had the eligibility list been renewed to the maximum two year period it would have been valid until September of 1996, and would have thus ensured the appointment of the complainant.

Although the investigator=s report recommended that a conciliator be appointed, the Commission decided to dismiss the complaint. It invoked three reasons to justify the dismissal: (i) the evidence did not support the allegation that Industry Canada had discriminated against the complainant on the basis of disability, (ii) there was no evidence to link the complainant=s stroke with the decision not to extend the eligibility list, and (iii) the complainant had been eligible to apply on the 1996 competition but had chosen not to compete.[ccix] The complainant raised the issue of procedural fairness in his application for judicial review of the Commission=s decision, in particular as it related to information placed before the Commission in Industry Canada's submission. Upon a review of the record, the Court found that Industry Canada's submission addressed the possible relationship between the staffing decisions and the complainant's disability and this had not been included in the investigator=s report. It appeared to the Federal Court that Industry Canada had initially emphasized that managers involved in the situation had no authority to extend the term of the eligibility list. The issue of disability arose only in Industry Canada's submission on the investigation report. The submission contained strong arguments to the effect that the complainant had denied himself possible appointment to the position by failing to compete in the 1996 competition. This submission (delivered to the Commission in the form of a letter) was not communicated to the complainant prior to the decision of the Commission to dismiss the complaint. The Court viewed this omission as fatal to the validity of the Commission=s decision, for the information in question A...raised the issue of the applicant=s Aalleged disability@ and also put a much stronger position forward with respect to the applicant=s failure to apply in the 1996 competition. In fact, the letter stated that by not applying in the 1996 competition, he Adenied himself potential access to an opportunity@. The investigator had stated in his report that the failure to apply did not effect the merits of the complaint, yet the CHRC used his failure to apply as one of its basis (sic) for dismissing the complaint.@[ccx] As the failure to communicate the letter in question to the complainant for his comments amounted to a breach of procedural fairness, the Court allowed the application for judicial review and returned the matter to the CHRC for reconsideration.

---

ccix *Ibid.* at para. 8.

ccx *Ibid.* at para. 22.

Confidential Nature of Conciliation

Commission decisions to refer a complaint to the Human Rights Tribunal may also be challenged before the Federal Court, as is reflected in *Canadian Broadcasting Corp.* v. *Paul*.[ccxi] The case involved allegations of employment discrimination based on age and gender against CBC, first made in a September 1989 complaint to the Commission. Due to legal challenges regarding subsequent complaints filed by Ms. Paul the investigation and preparation of a report on the 1989 complaint was not completed until July 29, 1996. The report recommended that the Commission appoint a conciliator for the purpose of attempting to bring about a settlement of the complaint.

Although CBC took exception to the appointment of a conciliator, an attempt was made to reach a settlement. These efforts failed and the conciliator prepared a final report that set out the positions taken by the parties and detailed the terms of an offer of settlement made by CBC but rejected by the complainant. CBC renewed its allegations that the investigation report was biased and strongly objected to the disclosure of its offer of settlement to the complainant.[ccxii] By letter dated February 13, 1997, CBC was informed by the Commission that, upon reviewing the conciliation report and the complainant=s submission in response, it had decided to refer the complaint to a Tribunal for adjudication. That decision was overturned on application for judicial review, the Federal Court Trial Division finding, inter alia, that there had been a breach of the rules of procedural fairness, as well as a violation of the statutory requirement of confidentiality with respect to the conciliation process. The Court further decided that it was inappropriate to send the matter back to the Commission for reconsideration.

Although four issues were considered by the Federal Court of Appeal,[ccxiii] the question of the confidential nature of the conciliation process was central to its decision. The Court noted a long line of jurisprudence that existed regarding the principle of confidentiality, at common law, of processes designed to encourage out-of-court settlements, as well as the public policy considerations that underpin it. It then referred directly to subsection 47(3) of the *CHRA*, which explicitly declares that Aany information received by a conciliator in the course of attempting to reach settlement of a complaint is confidential and may not be disclosed except with the consent

---

ccxi *Canadian Broadcasting Corp.* v. *Paul* (2 April 2001), No. A-132-99 (F.C.A.).

ccxii In its letter to Commission staff CBC had written: "The offer of settlement made to Ms. Paul and mentioned in this conciliation report was made on a strictly confidential basis, on the express understanding that it was without prejudice to the CBC's position that Ms. Paul's complaint was without merit. It is also contrary to the explicit prohibition on disclosure of such matters contained in section 47 of the Canadian Human Rights Act. Such disclosure goes against the basic purposes of conciliation, which is to provide parties (sic) to discuss on an informal and without prejudice basis, possible terms of settlement of a complaint." Parts of this letter are reproduced in the Federal Court of Appeal decision, *ibid.* at para. 13.

ccxiii The Court of Appeal identified the following issues: A(1) Was the Respondent=s application out of time? (2) Does the disclosure of the Conciliation Report to the Commission, without the consent of the CBC, vitiate the Commission=s decision to refer the complaint to the Tribunal? (3) Did the Commission consider all of the relevant information properly available to it in making its decision to request the appointment of a Tribunal? (4) Did the Motions Judge err in deciding not to refer the matter back to the Commission for reconsideration?@ *Ibid.* at para. 18.

of the person who gave the information."[ccxiv]

Although the Court of Appeal found it unnecessary to consider issues related to the alleged bias of the investigation report, it did go on to review elements of procedural fairness that seemed to be missing in the record before it. As mentioned above, the Commission in communicating to the CBC its decision to proceed to adjudication made explicit reference to having reviewed the conciliation report and the complainant=s submission relevant to it. The Commission made no direct reference to any other documents it might have consulted or reviewed, referring only to having had regard Ato all the circumstances.[ccxv] On the face of the record, therefore, the Court of Appeal was in doubt as to whether the investigation report or the submissions of CBC had been considered by the Commission in reaching its decision to refer the matter to adjudication. It found that both the rules of procedural fairness and the statutory duty of the Commission (section 44 of the *CHRA*) to receive the report of the investigator obliged the Commission to consider the documents in question.[ccxvi]

The Court of Appeal disagreed with the lower court decision regarding the appropriate remedy to award. The lower court had effectively stayed further proceedings by refusing to return the matter to the Commission for reconsideration. The Court of Appeal considered this matter to be governed by administrative law principles relevant to abuse of process. It therefore considered the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Blencoe* v. *British Columbia Human Rights Commission*[ccxvii] that highlighted a number of factors to be considered before issuing a stay of proceedings, factors which included the nature and reasons for time delays, legal and factual complexities and various types of prejudice that may be caused the parties. The Court of Appeal found that it was not apparent on the record who was more responsible for the delays in processing the complaints, nor which party might suffer the greater prejudice because of the passage of time. Accordingly, the Court ordered the complaint returned to the Commission for reconsideration, though it made it clear that only members of the Commission who had taken no part in the previous decision to refer the matter to adjudication should participate in the reassessment, nor was the report of the conciliator or its contents to be placed before those members of the Commission called upon to reconsider the complaint.

[ccxiv] *Ibid.* at para. 19.

[ccxv] *Ibid.* at para. 48.

[ccxvi] However, the Court of Appeal emphasized that the Commission is not obliged in all cases to make reference to every document it has considered: AI do not wish to suggest that the Commission must always, in a decision made under section 44, make reference to all of the information that it has considered. However, in the circumstances of this case, the explicit reference to the Commission's consideration of particular pieces of information, combined with the failure to refer to other materials which it was under a duty to consider, gives rise to the inference that it did not consider those other materials." *Ibid.* at para. 51.

[ccxvii] [2000] 2 S.C.R 307, 2000 SCC 44.

Legal Error

As is well known, an error of law or jurisdiction gives rise to judicial review based on the correctness of the decision made. This principle is illustrated in *Gee* v. *Minister of National Revenue*,[ccxviii] where the Federal Court reviewed a decision of the Commission to dismiss a complaint based on its legal interpretation of the consequences of an agreement entered into by a complainant with an employer. The facts of the case pertain to various events that occurred between 1990 and 1996 and concern allegations of harassment and racial discrimination in the work place. These complaints (24 in number) were investigated internally by the federal department concerned in 1993/94. Six of the allegations pertaining to harassment were determined to be well-founded, one was determined to establish a case of racial discrimination, and another established a case of abuse of authority. Following these decisions, the complainant sought to reopen a previous complaint with the Commission that had been dismissed in 1993 because it was out of time, but without success. She also was involved in communications and meetings with departmental managers in an effort to seek redress for the wrongs she had suffered. This resulted in a written agreement being reached appointing her to a position she felt she had been wrongly denied, although this appointment was subject to appeal by other employees. It was agreed that the department would defend her position should any appeals be launched. Ultimately 33 appeals were filed and, despite the agreement signed by the complainant and departmental managers, the department conceded the case and refused to defend the complainant's appointment.

The complainant succeeded in April of 1999 in having two complaints related to her allegations accepted by the Commission for investigation. Following investigation, the Commission dismissed the complaints on the basis that, in view of the agreement reached between the parties, no further proceedings were warranted.[ccxix] The Commission's view on the legal consequences of the agreement were found by the Federal Court to be incorrect: "In finding that the Agreement is a relevant consideration, the Commission has ignored a stream of jurisprudence, much of which has emanated from the Supreme Court of Canada, in which it has clearly been expressed that human rights legislation is public policy out of which one cannot contract."[ccxx] In addition, the evidentiary value of the agreement was placed in doubt by the Court: "Not only was the applicant asked to sign the Agreement without the benefit of independent legal counsel, consulting counsel was not even an option recommended to her. She was not fully informed by the respondent as to what rights she was ostensibly releasing and she was not informed of the consequences which ultimately arose out of the staffing appeals. Moreover, the respondent did not defend her position as agreed, and the Agreement, intended to benefit the applicant, subsequently placed her in a position worse that the one in which she started. This is not performance of a settlement agreement. By dismissing her claim on the basis of the Agreement, the CHRC has effectively removed the possibility that the applicant may seek redress for her complaint by way of those remedies which had been previously available."[ccxxi]

---

ccxviii *Gee* v. *Minister of National Revenue* (2001), 39 C.H.R.R. D/454 (F.C.T.D.).

ccxix With respect to one of the complaints, the Commission also dismissed on the basis that it was beyond the jurisdiction of the Commission in that it was not based on a proscribed ground of discrimination.

ccxx *Supra* note 217 at para. 35.

ccxxi *Ibid.* at para. 36.

The Court further found that nothing on the record showed that the Commission considered any substantive evidence regarding the complaint once it was determined that the agreement operated to remove any remedy that the complainant might have under the *CHRA*. This compounded the legal error regarding the effect of the agreement and resulted in the Commission failing to exercise its mandate under the governing statute. The application for judicial review was therefore granted and the matter was returned to the Commission for reconsideration by a differently constituted quorum of the Commission, or a designated tribunal, on the merits of the evidence and in the absence of the agreement between the parties.

Capricious or Unreasonable Decisions

Procedural fairness would appear to encompass the duty to avoid capricious and unreasonable decisions. This is illustrated in *Jane Hedges-Mckinnon et al.* v. *Canadian Human Rights Commission*,[ccxxii] a judgment of the Federal Court dealing with an alleged discriminatory denial of business expenses incurred by a wife but claimed by her husband under the *Income Tax Act*.[ccxxiii] More specifically, Jane Hedges-Mckinnon was a professional golfer who entered into a sponsorship agreement in 1985 with her husband Richard Mckinnon whereby the latter undertook to pay expenses she incurred as a professional golfer. While this arrangement was accepted by tax officials for a number of years, the Canada Customs and Revenue Agency informed Mr. Mckinnon in September of 1997 that the expenses he incurred while sponsoring Ms. Mckinnon could no longer be deducted as a business expense against his income due to the fact that there was no reasonable expectation that the sponsorship would engender a profit. Moreover, in October of the same year, Mr. Mckinnon was reassessed for the taxation years 1994, 1995, and 1996. Ms. Hedges-Mckinnon was reassessed for the year 1996. In making its decision, the Agency explained in detail the objective criteria used to determine if a reasonable expectation of profit existed.

While both parties successfully appealed the Agency=s decision to the Tax Court of Canada (judgment issued in November, 1999[ccxxiv]), they filed separate complaints to the Commission alleging discrimination on the basis of marital status and, in the case of Jane Hedges-Mckinnon, on the basis of sex as well. With respect to Mr. Mckinnon=s complaint, the investigator assigned to the matter determined that the complainant had been allowed the business expenses in question during the course of eight years. It was only after that length of time that federal income tax officials disallowed the expenses on the basis of revenue remaining consistently very much below expenses over the eight year period. Mr. Mckinnon=s marital status had been irrelevant to the Agency=s decision in that regard. In any event, the investigator concluded that Mr. Mckinnon's complaint was dealt with according to a procedure provided for under another Act of Parliament before the Tax Court of Canada and an appropriate remedy had been awarded, i.e. a ruling that the reassessment had been improper and that the expenses in question could legitimately be claimed by Mr. Mckinnon. For these reasons the Commission decided that an

---

[ccxxii] *Hedges-Mckinnon and Mckinnon* v. *Canadian Human Rights Commission* (31 August 2001), No. T-1299-00 (F.C.T.D.).

[ccxxiii] *Income Tax Act*, R.S.C. 1985 (5th Supp.), c. 1.

[ccxxiv] *Hedges-Mckinnon and Mckinnon* v. *Her Majesty the Queen* (8 November 1999), No. 98-1987-IT-I, 98-1989-IT-I (T.C.C.).

inquiry into the claim of discrimination was not warranted and his complaint was dismissed. The complaint of Ms. Hedges-Mckinnon, which in part related to allegations of discrimination based on sex, was also dismissed by the Commission, on the basis that the facts alleged did not constitute a discriminatory practice and thus fell outside the jurisdiction of the Commission. While Jane Hedges-Mckinnon may have had a grievance with federal tax officials regarding their views about the earning potential of female golfers, the Commission concluded that the dispute about business expenses involved Mr. Mckinnon and the Canada Customs and Revenue Agency.

Upon application for judicial review, the Federal Court looked to whether the Commission=s discretionary power to dismiss Mr. Mckinnon=s complaint under subsection 44(3)(b)(i) of the *CHRA* had been exercised in a discriminatory, unfair, capricious or unreasonable manner, or whether its decision had been based on irrelevant or extraneous factors. This test was easily met by both the report of the investigator and the decision taken by the Commission, the Court emphasizing that considerable deference must be accorded the Commission when exercising its screening function under the *CHRA*. The Court also found that the conclusion of the investigator=s report regarding the lack of jurisdiction to proceed with the complaint of Jane Hedges-Mckinnon was reasonable and that there was no basis to contest the decision of the Commission to dismiss her complaint pursuant to subsection 41(1)(c) of the *CHRA*.

The Federal Court applied the standard of review used in the *Mckinnon* decision in the subsequent case of *Rabah* v. *Attorney General of Canada*,[ccxxv] which involved a Commission decision to dismiss a complaint of employment discrimination based on national or ethnic origin. Mr. Rabah alleged that the investigation of his complaint had been inadequate and insufficient. However, the Federal Court found that the essence of the applicant's complaint had been addressed in sufficient detail by the investigator assigned to the case. It found that "[d]eference must be given to administrative decision-makers to access the probative value of evidence and to decide whether to further investigate accordingly. Only where unreasonable omissions have been made, such as the failure to investigate crucial evidence, is judicial review warranted."[ccxxvi] In the case at bar, Mr. Rabah's allegation that his accent had been used to justify a poor assessment of his communication skills was difficult to reconcile with the fact that six of twelve successful candidates who were ultimately offered employment also spoke accented English. Furthermore, the test criteria used to assess the communication skills of candidates for the jobs in question were found to be objective and to have been applied in a manner free from bias. Given these investigative findings, and in the absence of any evidence that the Commission had dismissed the complaint [under subsection 44(3)(b)(i)] on the basis of irrelevant or extraneous factors, or acted in a discriminatory, unfair, capricious or unreasonable manner, the Court could find no reason to intervene. The application of the complainant to overturn the Commission's decision was therefore dismissed.

JUDICIAL REVIEW OF TRIBUNAL DECISIONS

---

ccxxv *Rabah* v. *Attorney General of Canada* (11 November 2001), No. T-1228-99 (F.C.T.D).

ccxxvi *Ibid.* at para. 10. This reasoning is found in and adopted from the Federal Court decision in *Robinson* v. *Canada (Canadian Human Rights Commission)(re Royal Canadian Mint)* (1995), 90 F.T.R. 43(T.D.) at 49.

Impartiality and Independence of Tribunal

The issues of impartiality and independence of the Canadian Human Rights Tribunal were canvassed in last year=s Legal Report, in particular with respect to the Federal Court (Trial Division) decision in *Bell Canada* v. *CTEA, CEP and Femmes Action and the CHRC.*[ccxxvii] The Trial Division had ruled that the power of the Commission to issue guidelines interpreting the principle of equal pay for work of equal value raised a reasonable apprehension of institutional bias. In addition, the Trial Division had determined that a statutory requirement conditioning the extension of a Tribunal members mandate (should it expire during the course of a hearing) on the approval of the Chairperson of the Tribunal gave rise to the perception that the Tribunal was not sufficiently independent to preside fairly over a hearing. As a result, a stay of proceedings regarding the complaint against Bell had been issued. This decision was appealed to the Federal Court of Appeal, whose judgment has now been rendered.[ccxxviii]

Before turning to an analysis of the two issues of impartiality and independence, the Court of Appeal reviewed the procedural history of the case (referral to the Tribunal having first taken place in May of 1996) and legislative changes that had been introduced in light of other court rulings. It pointed out that the first Federal Court decision[ccxxix] on this issue had determined that the authority of the federal Minister of Justice (based on the law as it then stood) to extend the mandate of a Tribunal member placed in question that Tribunal=s independence and impartiality. The Court had also expressed serious reservations in the same judgement about the power of the Commission to issue binding guidelines with respect to Athe manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of [the *CHRA*] applies in a particular case"[ccxxx] (again based on the legislation as it then stood). Amendments to the *CHRA* relevant to the authority to issue guidelines came into effect in June of 1998.[ccxxxi] These amendments removed any reference to guidelines being potentially applicable to a particular case and declared that they would be binding only "in a class of cases".[ccxxxii] It was the possibility that the Commission might issue guidelines applicable exclusively to a case in which it was a party that had given rise to the greatest apprehension. The legislative amendments also removed the authority of the Minister of Justice to approve the extension of the mandate of a Tribunal member and accorded full authority in this regard to the Chairperson of the Tribunal. Nevertheless, a second Federal Court decision (the subject of the current appeal) concluded that the amendments were insufficient to cure the problems associated with a perception of bias and lack of independence in the Tribunal.

---

ccxxvii [2001] 2 F.C. 392(T.D.)[hereinafter *Bell 2000*].See also Canadian Human Rights Commission, *Legal Report 2000* (Minister of Public Works and Government services, 2001) p. 29-31.[hereinafter cited as *Legal Report 2000].* Please note: In *Legal Report 2000*, the decision of the Trial Division was erroneously cited as emanating from the Federal Court of Appeal.

ccxxviii *Canadian Human Rights Commission* v. *Bell*, [2001] 3 F.C. 481 , 2001 FCA 161 (C.A.)[hereinafter cited as the *Bell decision*].

ccxxix *Bell Canada* v. *Canadian Telephone Employees Assn.* [1998] 3 F.C. 244 (T.D.).

ccxxx *Ibid.* at para. 154.

ccxxxi *An Act to amend the Canada Evidence Act and the Criminal Code in respect to persons with disabilities, to amend the Canadian Human Rights Act in respect of persons with disabilities and other matters and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 9.

ccxxxii *Ibid.* at s. 20(2).

The Court of Appeal noted that the power to issue guidelines was clearly necessary in light of general statutory language in the *CHRA*, such as that which prohibited discriminatory pay practices as between men and women.[ccxxxiii] It referred favourably to a previous decision of the Federal Court to the effect that A...Parliament was aware that answers to many questions about the implementation of equal pay for work of equal value were not to be found in the lapidary language of section 11...[T]he correct interpretation of section 11...is that Parliament intended to confer on the agencies created to administer the *Act* a margin of appreciation in determining on a case-be-case basis, and with the assistance of the technical expertise available, how the statutorily endorsed principle of equal pay for work of equal value is to be given effect in any given employment setting.@[ccxxxiv] While the authority to make normative rules akin to subordinate legislation is normally given to the Governor in Council, the Court of Appeal saw nothing unacceptable in derogating from this practice. It pointed out that the Commission would be precluded from acting arbitrarily given that guidelines issued under its authority would be made in the exercise of a legislative power conferred by or under an Act of Parliament and thus fall within the definition of Aregulation@ and Astatutory instrument@ in section 2 of the *Statutory Instruments Act*.[ccxxxv] The enactment of guidelines would therefore be subject to the safeguards laid down in that Act, which includes compliance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[ccxxxvi] and the *Canadian Bill of Rights*.[ccxxxvii]

As to the alleged perception of institutional bias arising from the binding force of general pay equity guidelines on the Tribunal, the Court of Appeal ruled that the Motions judge had given insufficient consideration to the statutory amendments which removed reference to particular cases. It felt that the intent of these changes was to ensure that guidelines created general rules applicable to all cases falling within a given class. In its own words: A...[T]he opportunity formerly possessed by the Commission to inject itself into the determination of a particular case has been largely eliminated. This represents a significant change. Under the earlier version of subsection 27(2), the Commission could, pursuant to its guideline-making power, influence the outcome of a particular complaint, theoretically even to the extent of adopting a tailor made guideline. This is no longer possible. It seems to me that guidelines governing a Aclass of cases@, with general and impersonal application, are considerably less likely to give rise to a reasonable apprehension of institutional bias."[ccxxxviii] The Court also felt that the fact the Commission played both an enforcement role and exercised guideline-making functions under the *CHRA* did not in and of itself give rise to a reasonable apprehension of bias. It emphasized that the test to be applied (as set out in a number of judicial decisions) was whether or not "a fully informed person viewing the matter realistically and practically - having thought the matter through - would have a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases."[ccxxxix]

[ccxxxiii] Subsection 11(1) of the *Act* declares: AIt is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

[ccxxxiv] *Supra* note 227 at para. 36. The Court of Appeal quoted from Canada *(A.G.)* v. *Public Service Alliance of Canada,* [2000] 1 F.C. 146 (T.D.).

[ccxxxv] R.S.C. 1985, c. S-22.

[ccxxxvi] *Supra* note 2.

[ccxxxvii] *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, reprinted in R.S.C. 1985, App. III.

[ccxxxviii] *Supra* note 227 at para. 39.

[ccxxxix] *Ibid.* at para. 41.

Applying this test to the case before it, the Court of Appeal could find no such apprehension of bias.

The Court of Appeal also overturned the decision of the Motions judge on the issue of institutional independence. This issue had been raised in light of the authority of the Chairperson of the Tribunal to approve the extension of the mandate of a Tribunal member should it expire during the course of a hearing.[ccxl] A review of the role and authority of the Chairperson, and the fact that he or she cannot be removed from office during their seven year term except for cause, guarantees the administrative independence of the office vis à vis the executive arm of government. Moreover, judicial review is available should the Chairperson abuse his or her authority when performing administrative functions under the *CHRA*. Given that there was no reasonable apprehension that the Chairperson would abuse his or her administrative discretion by failing to act in good faith and in the best interest of the Tribunal, the Court of Appeal could find no reason to place in question the independence of the Tribunal. Leave to appeal the decision of the Federal Court of Appeal to the Supreme Court of Canada was granted (without reasons) on December 13, 2001.[ccxli]

Another case raising similar issues of bias and institutional independence relevant to the guideline-making authority of the Commission, as well as the manner in which members of the Tribunal would be remunerated, was recently reviewed by the Federal Court of Appeal and a judgment issued on the same day as the *Bell* decision.[ccxlii] While the procedural history of this pay equity dispute is as complex as that which occurred in the Bell case reviewed above, the focus of the Court of Appeal in this instance was narrowed to a number of procedural questions, one of which concerned the legal standing of the government of the NWT to challenge the validity of parts of the *Canadian Human Rights Act* allegedly creating a scheme that derogated from the requirements of natural justice. The Commission had argued strongly that the government of the NWT, not having legally acquired the constitutional status of a province, constituted a part of the Crown in right of Canada and that, as such, could not purport to challenge the validity of federal statutes. It was on this basis that the Trial Division of the Federal Court had denied the NWT government legal standing to argue that the *CHRA* violated standards of impartiality and independence.

The Court of Appeal disagreed with this conclusion. It found that the nature of the arguments brought forward by the government of the NWT had been misconstrued. In essence, reasoned the Court of Appeal, the latter had not attempted to challenge the validity of the *CHRA*: AIt actually relies upon the *Act* itself as enacted to contend and establish that subsections 27(3) and 48.2(2) produce a result which deprives it of its common law right to an independent and impartial tribunal. At the most, what the appellant did in the judicial review proceedings for which it was denied standing was to give these two subsections an interpretation which both

---

ccxl This is found in subsection 48.2 (2) of the *CHRA*: AA member whose appointment expires may, with the approval of the Chairperson, conclude any inquiry that the member has begun, and a person performing duties under this subsection is deemed to be a part-time member for the purposes of sections 48.3, 48.6, 50 and 52 to 58."

ccxli *Supra* note 227, leave to appeal to S.C.C. granted, [2001] S.C.C.A. No. 406, File no. 28743 (S.C.C.A.).

ccxlii *Northwest Territories* v. *Public Services Alliance of Canada*, [2001] 3 F.C. 566 (C.A.).

respondents disagree with. In other words, the position taken by the appellant with respect to the impugned subsections is one which involves the interpretation and effect of the *Act*, rather than an attack on its validity.@[ccxliii] While the Court found that the government of the NWT is a creation of federal law, it nonetheless had standing to seek recognition and enforcement of the powers it enjoys under federal legislation. Furthermore, concluded the Court: AThis standing of the appellant extends to its right, as a requirement of natural justice, to seek an independent and impartial Tribunal who will apply and interpret an act whose validity the appellant does not contest. In my view, the motions judge erred when he denied the appellant standing Ato argue that provisions of the *Canadian Human Rights Act* or a statutory instrument issued thereunder create a scheme which is contrary to the requirements of natural justice.@@[ccxliv]

Fair Process Under *Bill of Rights*

As to the substance of the claim of institutional bias due to the binding nature of pay equity guidelines, the Court of Appeal adopted its reasoning in the *Bell* decision. Nevertheless, the Court went on to consider what recourse an aggrieved party might have if it were assumed that the legislative provisions in question interfered significantly with standards of impartiality and independence. The Court recognized that the exact scope of the rules of natural justice, from which standards of impartiality and independence are derived, can be varied by explicit statutory language insofar as they apply to administrative agencies and tribunals. However, such statutory variation had to be assessed against provisions found in subsection 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* that guarantee a person will not be deprived of a "fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice".[ccxlv] These provisions require a tribunal adjudicating upon a person`s rights to "act fairly, in good faith, without bias and in a judicial temper".[ccxlvi] As to whether the Crown is a "person" and thus entitled to claim this protection, the Court referred to case law that established that both corporate and natural persons were included in the wording of subsection 2(e) of the *Bill of Rights*. Case law also established that the Crown in Right of Canada was for legal purposes a "person" at common law. The Court also emphasized that constitutional protection of a right to a fair hearing under the *Charter of Rights and Freedoms* did not extend to civil proceedings before administrative tribunals. Subsection 2(e) of the *Bill of Rights* could thus play an important supplementary role in helping to define the scope of procedural safeguards applicable to such proceedings. In light of these considerations, the Court concluded that the Crown was not precluded from raising the right to a fair hearing guaranteed under the *Bill of Rights*.[ccxlvii]

[ccxliii] *Ibid.* at para. 14.

[ccxliv] *Ibid.* at para. 15.

[ccxlv] *Supra* note 236.

[ccxlvi] The Court of Appeal referred to the Supreme Court of Canada decision in *Duke* v. *The Queen* [1972] S.C.R. 917, at p. 923: "Under ss. 2(e) of the *Bill of Rights* no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive [a person] of a "fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice". Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case."

[ccxlvii] The Court ruled: "In view of the important suppletive role of the Canadian Bill of Rights and the significance for any litigant of a fair hearing in the determination of his rights as well as

While the Court made no substantive finding on how the pay equity guidelines might interfere with the right to a fair hearing, it described the type of remedy that would be available in the event that standards of procedural fairness under the *Bill of Rights* were violated. In such a hypothetical case, the guidelines would be declared inoperative but only insofar as the instant proceedings were concerned. The hearing into the complaint would then proceed on the basis that the guidelines were not binding on the members of the tribunal presiding over the case. Leave to appeal the Federal Court of Appeal decision to the Supreme Court of Canada was granted (without reasons) on December 13, 2001.[ccxlviii]

Stay of Proceedings

The case just reviewed (involving a pay equity dispute with the NWT government) also gave rise to an application for a stay of proceedings pending disposition of the government=s appeal.[ccxlix] The application before the Federal Court was brought following a Tribunal decision to allow the Commission and the complainant to complete their evidence (which at that point was drawing to a close) before adjourning the hearing to await the outcome of the Court of Appeal=s decision regarding the issues of impartiality and independence. The Tribunal took the view that this would allow the NWT to be fully cognisant of the outcome of its appeal before presenting its own evidence on the merits of the complaint.

Before the Federal Court of Appeal, the NWT argued that its application satisfied the three-pronged test for determining if a stay of proceedings should be accorded. First, the legal questions raised in its appeal (tribunal impartiality and independence) were serious ones that merited attention. Second, the NWT would suffer irreparable harm if a stay was not granted and its appeal was ultimately successful. Finally, the potential harm suffered by the government of the NWT was greater than the possible harm that might be incurred by the other parties. While the Court accepted that the questions raised on appeal were serious, it was unable to accept that the NWT would suffer irreparable harm if a stay of proceedings were not granted. In so deciding, the Court emphasized that the Tribunal had limited the continuation of the hearing to the completion of evidence already begun: AI am unable to accept [the applicant=s argument], particularly in light of the decision of the Tribunal to adjourn the proceedings to await the outcome of this appeal after the evidence of the Commission and the PSAC is completed and before their case is closed...The Government has suggested no basis on which I can conclude that merely permitting the Commission and the PSAC to adduce the remainder of their evidence will

---

his obligations, I see no compelling reason why the word "person" in Paragraph 2(e) would not include Her Majesty the Queen or the Crown. I see no reason why they, and the citizens that they represent, would not be entitled to a fair hearing when they are a litigant in an administrative or a civil proceeding. It would make a mockery of justice if, as a matter of principle, they were not, especially when made a defendant in a proceeding, entitled to the fair hearing protections given by paragraph 2(e)." *Supra* note 227 at para. 55.

[ccxlviii] *Supra* note 241, leave to appeal to S.C.C. granted, [2001] S.C.C.A. No. 405, No. 28737 (S.C.C.A.).

[ccxlix] *Government of the Northwest Territories* v. *Public Service Alliance of Canada and CHRC* (10 January 2001), No. A-13-00 (F.C.A.).

cause irreparable harm to the Government.@[ccl] The Court also underscored that the government of the NWT had not argued that its cross-examination of remaining witnesses for the Commission and PSAC would be affected by the outcome of its appeal regarding tribunal impartiality and independence. The Court therefore rejected the application for a stay, though it also indicated that, should the Tribunal decide to continue proceedings beyond the completion of evidence by the Commission and PSAC, the government of the NWT could rightfully make a new application to the Court.

Application of *CHRA* to House of Commons

The jurisdiction of the Human Rights Tribunal to hear a complaint alleging discrimination in employment against the Speaker of the House of Commons was contested before the Federal Court as being incompatible with the principle of parliamentary privilege.[ccli] The issue was brought to the Court on appeal from the majority decision of the Tribunal concluding that the employment of a chauffeur by the Speaker did not fall within the core functions of the legislature, nor engage its dignity, integrity and efficient operations. This being so, the Tribunal had found that the *Canadian Human Rights Act* properly applied to the complaint, involving allegations of discrimination based on race, colour and national or ethnic origin. (The decision issued by the Tribunal is summarized below under the heading *Tribunal Interim Orders*.)

The Federal Court recognized that the House of Commons enjoys a certain number of privileges that attach to it collectively, as opposed to privileges that apply to its individual members. Such collective privileges include: Athe power to discipline and expel members; the regulation of its own internal affairs; the authority to maintain the attendance and service of its members; the right to institute inquiries and call witnesses and demand papers; the right to administer oaths to witnesses; and the right to publish papers containing defamatory material.@[cclii] The question of whether any particular activity of the legislature gives rise to parliamentary privilege is subject to a test of necessity as set out by the Supreme Court in *New Brunswick Broadcasting Co.* v. *Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly).*[ccliii] This test is met where the matter under scrutiny engages the dignity or efficient operations of a legislature. In light of relevant jurisprudence and learned writings, the Federal Court concluded that the management and appointment of staff falls within the scope of parliamentary privilege. In short, such management authority is considered necessary for the proper functioning of the House of Commons.

[ccl] *Ibid.* at para. 18.

[ccli] *House of Commons and the Honourable Gilbert Parent* v. *Vaid and the CHRC* (4 December 2001), No. T-732-01 (F.C.T.D.).[hereinafter *House of Commons*].

[cclii] *Ibid.* at para. 32.

[ccliii] [1993] 1 S.C.R. 319. The test is reproduced at paragraph 34 of the Federal Court decision: AThe test of necessity is not applied as a standard for judging the content of a claimed privilege, but for the purpose of determining the necessary sphere of exclusive or absolute "parliamentary" or "legislative" jurisdiction. If a matter falls within this necessary sphere of matters without which the dignity and efficiency of the House cannot be upheld, courts will not inquire into questions concerning such privilege. All such questions will instead fall to the exclusive jurisdiction of the legislative body."

In applying the test of necessity, the Federal Court underscored the importance of not engaging in a qualitative assessment of the proximity of a given employment relationship to the core functions of the legislative body. It felt that any such assessment would render the parliamentary privilege nugatory, by requiring the A...courts to embark every time on an inquiry as to whether a particular job responsibility falls within the core of parliamentary privilege. There is no doubt that, practically, in many instances it would be difficult to find the dividing-line.@[cccliv] In the case at bar, the remoteness of a chauffeur=s job to the legislative functions of the House of Commons was therefore not considered determinative of the question of privilege. It was the employment relationship to the Speaker of the House that effectively placed the position of chauffeur within the scope of the privilege.

Even though the power to appoint and manage staff was protected by parliamentary privilege, the Federal Court went on to consider whether any statutory enactment constituted a waiver of the privilege regarding certain categories of employees. More specifically, it reviewed the provisions of the *Parliamentary Employment and Staff Relations Act*.[cclv] It concluded that the *Act* intended to adopt specific provisions only in the *Canada Labour Code*[cclvi] as they related to accidents and injury to health, as well as standards for hours, wages, vacations and holidays. In all other matters, the very terms of the *Act* made it clear that the privileges of the House of Commons and the Senate were preserved. The Court therefore rejected the argument that statutory enactment had effectively waived the privilege with respect to employees such as the complainant in the case at bar.

Despite its initial findings adverse to the complainant, the Court completed its analysis of the claimed privilege by examining an important principle established by the Supreme Court to the effect that grounds for disqualification of members of a legislative body based on race and gender can not be said to fall within the rules by which such bodies properly conduct their business.[cclvii] Decisions made on illegitimate grounds cannot therefore be considered protected by the principle of parliamentary privilege. The Federal Court extended this reasoning to the case at bar, concluding that A...the scope of the privilege does not extend to human rights violations as this matter does not fall within the necessary sphere of matters without which the dignity and efficiency of the House cannot be upheld.@[cclviii] In so doing, the Court also emphasized that it was not scrutinizing the manner in which authority protected by the privilege

---

[cccliv] *Supra* note 250 at para. 55.

[cclv] *Parliamentary Employment and Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. 33.

[cclvi] *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2.

[cclvii] *Harvey* v. *New Brunswick (A.-G.),* [1996] 2 S.C.R. 876. In dealing with the expulsion of a member of a legislature (for reasons of corruption) by the legislative body in question, the Supreme Court declared: AExpulsion and disqualification from office may, if found to fall within the scope of parliamentary privilege, be beyond the purview of section 3 [of the *Charter*]. But section 3 still operates to prevent citizens from being disqualified from holding office on grounds which fall outside the rules by which parliament and the legislature conduct their business; race and gender would be examples of grounds falling into this category.@ Section 3 of the *Charter* recognizes that all Canadian citizen are qualified to be members of the House of Commons or a legislative assembly.

[cclviii] *Ibid.* at para. 81.

was exercised in a particular case. It took the view that a court could legitimately assess the legitimacy of the claimed privilege by examining the grounds upon which it was based. It concluded that the AHouse should not act as a sanctuary from the operation of the law unless there is a clear conflict with a matter that is privileged. As pointed out by one of the interveners, if the *Criminal Code*, which has no constitutional status, applies to employment relations in the House, then so does the *CHRA*. To hold otherwise would promote a view of parliamentary privilege that is contrary to the individual=s guarantees of equality under the *Charter* which is also reflected in the provisions of the *CHRA*."[cclix] It therefore found that the Human Rights Tribunal had the necessary jurisdiction to conduct a hearing into the allegations of discrimination made by a chauffeur employed by the Speaker of the House of Commons.

New Qualifications for Tribunal Members

Amendments to the *CHRA* that came into effect on June 30, 1998 created a new Canadian Human Rights Tribunal and introduced the requirement that persons appointed to it possess "experience, expertise and interest in, and sensitivity to, human rights".[cclx] This requirement was challenged as creating a reasonable apprehension of bias, in that members of the Tribunal so qualified could not fairly balance equality rights interests under the *CHRA* against competing rights and freedoms under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.[cclxi] Both the tribunal before which this argument was first raised and a Motions Judge hearing an appeal from the tribunal's decision rejected this contention. The tribunal found that the qualifications set out in section 48.1(2) of the *CHRA* related to human rights in the broadest sense, whatever their legislative or constitutional basis. Moreover, the over-riding duty of tribunal members is to strive for fairness and a just result regarding complaints of discrimination.

While the Federal Court of Appeal found that the new requirements introduced in 1998 did not technically apply to members of a tribunal constituted before that date, and therefore would have dismissed the appeal on that basis, it nonetheless considered the allegations of apprehended bias. It found that a tribunal composed of persons characterized by 'sensitivity to human rights' would not because of that fact be blind or insensitive to the interests or arguments of parties involved as respondents in adjudication under the *CHRA*. In its own words: "When read in association with the other qualifications for appointment, namely experience, expertise and interest in human rights, sensitivity implies no more than the need to recognize and be aware of human rights in the broadest sense. The word does not, as suggested by the appellant, require that appointees be individuals disposed to arguments supporting human rights or favourable to them as some dictionary definitions may indicate when taken in isolation. Sensitivity to human rights does not involve an insensitivity to other rights. It is only meant to exclude people with closed minds on human rights issues."[cclxii]

Questions of Fact and Law

---

cclix *Ibid.* at para. 80.

cclx *Supra* note 230, s. 27. This provision is now subsection 48.1(2) of the *CHRA*.

cclxi *Zundel* v. *Citron et al.* (25 June 2001), No. A-25-00 (F.C.A.).[hereinafter *Zundel FCA*].

cclxii *Ibid.* at para. 14.

A Tribunal decision related to a union practice that discriminated against women (reviewed in *Legal Report 2000*) was appealed to the Federal Court for a number of alleged legal errors and erroneous findings of fact.[cclxiii] One error of law that appeared on the face of the record concerned the decision of the Tribunal to review and rule on preliminary objections of the union related to the timeliness of the complaint. While the Tribunal had acknowledged that its jurisdiction to review the decision of the Commission to extend the time limit for filing a complaint was problematic (due to diverging lines of jurisprudence), it nonetheless concluded that it had the authority to rule on the union's submissions in this regard. The Federal Court concluded that the Tribunal had erred against a standard of correctness by so ruling, though it also found that the error was inconsequential to the decision on the merits of the complaint and thus could not be used to overturn it.

Regarding alleged errors of mixed fact and law, the Federal Court applied a standard of reasonableness *simpliciter*. Despite arguments put forward by the Union, the Court could find no misinterpretation of the law in the Tribunal's understanding of the three-pronged test in the *Shakes* decision[cclxiv] for determining if a *prima facie* case of discrimination had been established. Furthermore the Tribunal was correct to have modified this test to conform to the specific features of the Union dispatch system in determining whether a discriminatory practice existed. Moreover, the application of this test to the facts of the complaint satisfied the standard of reasonableness *simpliciter*.

---

cclxiii *International Longshore and Warehouse Union (Marine Section), Local 400* v. *Oster et al.*(15 October 2001), No. T-1672-00 (F.C.T.D.). For a review of the factual background to this complaint see *Legal Report 2000*, supra note 226 at p. 15. As a preliminary question, the Federal Court considered the standard of review that should be applied to various findings of the Tribunal. It reconfirmed well-known case law that imposes a standard of correctness with respect to questions of law on the one hand, and a standard of patent unreasonableness to findings of fact, on the other. In so doing, it rejected arguments to the effect that amendments to the *CHRA* in 1998 and more recent decisions of the Supreme Court and the Federal Court of Appeal have substantially modified the approach that should be taken to issues of judicial review of Tribunal decisions. At the same time, the Court acknowledged that the Supreme Court in *Pushpanathan* v. *Canada (Minister of Citizenship and Immigration,* [1998] 1 S.C.R. 982 has endorsed a pragmatic and functional approach to determining an appropriate standard of review. Factors to be considered in this functional approach are: (i) explicit statutory indicators, (ii) an administrative tribunal=s relative expertise regarding the matter before it, (iii) statutory purpose, and (iv) the "nature" of the problem, i.e. whether a question of law, fact or mixed law and fact is involved. In light of these factors, the Court concluded that the standards of review on the issues before it were "correctness in respect of questions of law, reasonableness simpliciter in respect of questions of mixed law and fact, and patent unreasonableness in respect of '...fact-finding and adjudication in a human rights context'" See paragraph 22 of its decision

cclxiv *Shakes* v. *Rex Pak Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/1001.(Ont. Bd. Inq.). The Court also refers to *Canada (Minister of National Health and Welfare)* v. *Chander et al.* (1997) 131 F.T.R. 301. A *prima facie* case is made out if: (i) the complainant was qualified for the particular employment, (ii) the complainant was not hired, (iii) someone no better qualified but lacking the distinguishing feature which is the gravamen of the human rights complaint subsequently obtained the position.

There were also no findings of fact by the Tribunal that could be said to have been made in a perverse or capricious manner, or without regard to the evidence before it. In other words, there was nothing patently unreasonable about the inferences drawn by the Tribunal from the evidence placed before it, nor with respect to other facts established by the evidence. Nor was the Tribunal obliged to recite every piece of evidence placed before it in explaining its final decision. The presiding judge of the Federal Court found that "taking into account the totality of the reasons of the Tribunal, I am satisfied its findings of fact...were reasonably open to it, particularly against a standard of review of patent unreasonableness which I am satisfied is the appropriate standard in respect of such findings of fact by a Canadian Human Rights Tribunal."[cclxv]

Meaning of *Same Establishment* in Pay Equity Disputes

A pay equity dispute involving flight attendants working for Air Canada was the subject of a complaint filed with the Commission in November of 1991. Predominantly female flight attendants alleged that they were discriminated against by being paid lower wages and having a salary structure that required more time to reach maximum salary than was the case for male dominated comparator groups. The comparator groups were identified as (i) first and second officers who fly the air planes, and (ii) workers who provide maintenance and other technical services in and around Air Canada's air planes and places of operations. A similar complaint was also filed against Canadian Airlines International in July of 1992.

Early in the investigative process, both companies defended their wage policies by arguing that the groups of workers with whom the flight attendants compared themselves were not employed in the same "establishment" within the meaning of section 11 of the *CHRA*.[cclxvi] To resolve this preliminary issue (which had prompted the respondent companies to seek a judicial order prohibiting further consideration of the complaint) a special three-person Tribunal was appointed to consider how the notion of "establishment" should be interpreted and applied. Consideration of this issue ultimately involved as well the meaning to be given to section 10 of the Equal Wages Guidelines (EWG) adopted under subsection 27(2) of the *CHRA*:

> For the purposes of section 11 of the *Act*, employees of an establishment include, notwithstanding any collective agreement applicable to any employees of the establishment, all employees of the employer subject to a common personnel and wage policy, whether or not such a policy is administered centrally.[cclxvii]

The Tribunal found that a proper interpretation of these provisions did not preclude the consideration of collective agreements. In other words, in determining whether employees of the same employer were subject to a common personnel and wage policy, neither section 11 of the *CHRA* nor section 10 of the EWG precluded the consideration of collective agreements. They constituted one factor amongst many that should be considered in reaching a decision. The

---

cclxv *Supra* note 262 at para. 46.

cclxvi Subsection 11(1) of the *CHRA* provides: "It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value."

cclxvii S.O.R./86-1082, s. 27(2).

Tribunal also concluded that section 11 did not establish a corporate definition of establishment, in the sense that all employees of the same employer were deemed to be working in the same establishment. Caution should therefore be exercised in considering such factors as "core function", "interrelatedness" of workers, and management rights in unionized work places that apply across bargaining units. It emphasized that a functional approach was necessary to arriving at a proper understanding of the word "establishment", one that included a consideration of general human resources policies but did not exclude the consideration of collective agreements.

In applying this interpretive approach to the facts of the complaint, the Tribunal concluded that the three groups of employees represented by the "pilots", "flight attendants", and "technical operations personnel" were separate establishments within the meaning of section 11 of the *CHRA*. It underscored that these three groups had had different bargaining units and collective agreements for many years, and that the certification process for these units had included an assessment of the common interests of their respective employees, including wages, hours and working conditions. The vast majority of wage and personnel policies applicable to each group was contained in collective agreements negotiated by each bargaining unit. Even though some elements of human resources policies and negotiating strategies of the respondent companies were common across all three groups, the Tribunal found this to be insufficient to negate the clear impact of the terms and conditions set out in the separate collective agreements. An appeal of this decision to the Federal Court was taken by both the Commission and the Canadian Union of Public Employees (CUPE) representing the flight attendants.[cclxviii]

A key issue before the Federal Court concerned the legal interpretation to be given the phrase "notwithstanding any collective agreement" found in section 10 of the EWG. The Tribunal had rejected the argument that this phrase precluded a consideration of collective agreements in determining if groups of employees were subject to a common personnel and wage policy. The Federal Court agreed with the reasoning of the Tribunal in this regard, in part because the use of the word "notwithstanding" was not intended to resolve a conflict or inconsistency between provisions analogous to that which might exist between two sections in the *CHRA*, such as between subsection 11(1) and 11(4) or between subsection 9(1) and 9(2).[cclxix] Moreover, to decide otherwise would lead to inconsistent applications of the definition of wages found in

---

[cclxviii] *Canadian Human Rights Commission and CUPE (Airline Division)* v. *Canadian Airlines International Ltd. and Air Canada* (27 July 2001), No. T-62-99, T-63-99 (F.C.T.D.)[hereinafter *Airlines*].

[cclxix] In the words of the Court: "To construe notwithstanding as including the additional meaning of 'to the contrary' would require that the word notwithstanding was being used to resolve an inconsistency or conflict between the relevant provisions. But in the provisions referred to by the applicants, no such inconsistencies or conflicts exist. Therefore, the use of 'notwithstanding' in these instances signals only an exception to an earlier provision. Subsection 11(1) states it is a discriminatory practice to maintain different wages for male and female employees performing work of equal value. Subsection 11(4) simply creates an exception where certain facts exist, namely, if the difference in wages is based on a factor prescribed by the E.W.G., 1986...According, I reject the applicants' submission that the phrase 'notwithstanding any collective agreement' should be read to mean 'notwithstanding any collective agreement to the contrary.'" *Ibid.* at para. 62-63.

subsection 11(7) of the *CHRA* depending on whether factors identified in subsection 11(7) were contained in collective agreements or not. As the Court declared: "The logical consequences of the applicants' argument would be that wage comparisons for the purpose of subsection 11(1) would include a consideration of all the elements of remunerations listed in subsection 11(7), but at the same time, the search for wage commonalities to determine which employees fall within one establishment would exclude a consideration of the elements of remuneration listed in subsection 11(7) if they were contained in collective agreements."[cclxx] While the Court agreed that the examination of a collective agreement was relevant to the issue of a common personnel and wage policy, all other factors and elements beyond such agreements must be considered as well.

Tribunal rulings on the admissibility of evidence were also challenged as constituting a breach of the principles of natural justice. Given its primary mandate to inquire into the meaning and application of the notion "establishment", the Tribunal had refused to allow expert evidence to be led with respect to gender predominance in certain occupational groups at Air Canada, as well as general contextual evidence tending to show systemic wage discrimination against women as a result of occupational segregation. With respect to the former, the Court agreed with the Tribunal that it was not relevant to determining what the word "establishment" meant, nor was it relevant with respect to determining whether the alleged comparator groups worked in the same establishment as the flight attendants. By limiting the scope of comparison to employees in the same establishment, section 11 of the *CHRA* established a threshold test that had to be met "before the issue of the gender predominance of an identifiable occupational group [became] relevant."[cclxxi]

The Court found that the general contextual evidence rejected by the Tribunal related to "systemic discrimination generally and to the knowledge and theories underpinning this type of discrimination."[cclxxii] Nevertheless, the Court pointed out that the Tribunal ruled it would consider "the social and historic context of systemic wage discrimination within the parties' arguments and submissions"[cclxxiii] and thus "afforded the applicants the opportunity to present the contextual information..."[cclxxiv] This being the case, the Court could see no breach of the principles of natural justice.

The Federal Court also rejected arguments to the effect that the Tribunal's interpretation of the notion of "establishment" failed to implement the underlying purpose of section 11 by allowing separate collective agreements to perpetuate systemic wage discrimination against women. The Court pointed out that this argument was based upon a false premise, namely, that the Tribunal decision stands for the proposition that an "establishment" will always equate to one bargaining unit or one collective agreement. While such a relationship is reflected in the specific facts of this case, the functional approach set out in the Tribunal decision to determining when employees are subject to a common personnel and wage policy cannot be said to lead necessarily to this result. On the other hand, reasoned the Court, excluding the consideration of collective

---

cclxx *Ibid.* at para. 68.
cclxxi *Ibid.* at para. 84.
cclxxii *Ibid.* at para. 86.
cclxxiii *Ibid.* at para. 88.
cclxxiv *Ibid.*

agreements from such a determination would essentially result in a corporate definition of establishment and run contrary to the clear intent of Parliament.

Calculation of Lost Wages

The manner in which compensation for lost wages suffered as a result of discrimination should be calculated was reviewed by the Federal Court in *Canadian Human Rights Commission and Robert Carter* v. *A.G. Canada.*[cclxxv] The case involved a member of the Armed Forces who was released on May 27, 1992 after having reached the age of mandatory retirement. At the time of his release, the policies of the Armed Forces regarding mandatory retirement (found in the *Queen's Regulations*[cclxxvi]) made no reference to the saving provisions of subsection 15(1)(b) of the *CHRA*. It was on the basis of this deficiency that a Human Rights Tribunal ruled (August 14, 1992[cclxxvii]) that the mandatory retirement policies of the Armed Forces constituted a discriminatory practice. Amendments were subsequently made to the *Queen's Regulations*[cclxxviii] (September 3, 1992) explicitly stating that the mandatory retirement policies were regulations adopted by the Governor in Council for the purposes of subsection 15(1)(b) of the *CHRA*.

In the case of Robert Carter, his mandatory retirement predated the September 3rd regulatory amendments by a period of more than three months. It was therefore clear that, at the moment of his release from the Armed Forces, he had been treated in a discriminatory fashion contrary to the provisions of the *CHRA*. While no party before the Tribunal adjudicating Carter's claim disputed this substantive conclusion, a difference of opinion arose regarding the remedy to which the complainant was properly entitled. The Tribunal concluded that the time period for which compensation could be awarded should run from May 27, 1992 (the date of Carter's mandatory retirement) to September 3, 1992 (the date of the amendments to the *Queen's Regulations*). It reasoned that the September 3 amendments put an end to the discriminatory practice and thus severed any causal link between the original discriminatory act and any claimed compensation extending beyond September 3, 1992. Damages for lost wages would therefore only be awarded for the time period beginning with the mandatory retirement and ending on September 3. The Tribunal also concluded that the calculation of lost wages during that time period should not be reduced by any overlapping pension income or severance pay received by the complainant. Both these findings of the Tribunal were disputed before the Federal Court.

On the question of the proper compensation period, the Federal Court endorsed the Tribunal finding that there must be a causal connection between a discriminatory act and the compensation being claimed. While the right to receive compensation is vested when a discriminatory act takes place, the quantum of damages and their extension in time had to be assessed in light of all the circumstances of a given complaint. In the case at bar, the Court

---

[cclxxv] *Canada (Human Rights Commission)* v. *Canada (Attorney General)*(18 December 2001), No. T-590-00(F.C.T.D.).

[cclxxvi] *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1968 Revision as amended), Volume 1,(Administrative), issued under the authority of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5.

[cclxxvii] *Martin* v. *Canadian Armed Forces* (1992), 17 C.H.R.R. D/435(C.H.R.T.).

[cclxxviii] *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1994 Revision), Volume 1,(Administrative), issued under the authority of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5.

found that the Tribunal had carefully reviewed all the facts and circumstances and had properly concluded that after the September 3 amendments "...there no longer existed a causal link between the discriminatory practice and Mr. Carter's lost wages since the discriminatory practice had ended. Therefore, as there must be a causal connection between the discriminatory practice and the compensation for lost wages, no compensation was required after September 2, 1992."[cclxxix]

The Tribunal ruling that overlapping pension income should not be deducted from an award for lost wages under the *CHRA* was linked to what is known as the "insurance exception".[cclxxx] This exception first arose in civil actions and established the principle that benefits received for lost wages pursuant to a private insurance contract are not deductible from an award for damages. Over time this principle was extended to include employee benefits under a collective agreement or contract of employment. The Federal Court concluded that decisions of the Supreme Court of Canada establish that, with respect to the law governing civil responsibility generally, "...the insurance exception applies to pension benefits, that is, that pension benefits, whether it be payments from the Canada Pension Plan or from an employer's private pension plan, will not be deducted from an award of damages against a third party tortfeasor"[cclxxxi] What remained to be determined, however, was whether the exception applied to damages for lost wages awarded under the provisions of the *CHRA*.

The Federal Court decision reproduces *in extenso* portions of previous judgments on the meaning and application of the insurance exception. The Court adopted past judicial pronouncements that the insurance exception had been upheld and applied only in cases where a third party tortfeasor (defendant) would have been unjustly enriched if overlapping benefits for lost wages (pursuant to collective agreements or private insurance contracts) were subtracted from damages awarded under general tort law. However, concern about unjust enrichment by a third party tortfeasor was not relevant to the facts in the case at bar. Of more relevance was the possibility that the complainant under the *CHRA* might receive a double recovery for lost wages. The Court concluded Athat had Mr. Carter remained an employee until September 3, 1992, he would not have received pension payments prior to September 3, 1992. Pursuant to sections 16 to 20 of the *Canadian Forces Superannuation Act*, it is clear that Mr. Carter could not receive a pension and accrue additional pension benefits at the same time. The tribunal=s failure to deduct the pension income leaves Mr. Carter in a better situation than he would have been had he remained in the Canadian Armed Forces until September 2, 1992, since he has received wages and pension income for the same period of time, i.e. May 27 to September 2, 1992.@[cclxxxii] Although the Court declined to rule on the possible application of the insurance exception to damage awards for lost wages under the *CHRA* in other circumstances, it found that the pension payments in the case before it did not fall within the scope of the exception.[cclxxxiii] It therefore concluded that the

---

[cclxxix] *Supra* note 274 at para. 44.

[cclxxx] For discussion, see *ibid.* at para. 48 to 61.

[cclxxxi] *Ibid.* at para. 53.

[cclxxxii] *Ibid.* at para. 60.

[cclxxxiii] It said: AIn my view, the relevant question is not whether the insurance exception developed in tort law can be applied to assess compensation in proceedings under the *CHRA*, but rather whether the pension payments received by Mr. Carter should be considered in the calculation of his loss of earnings. In my view, the pension payments do not fall within the insurance exception and, as a result, they should be taken into account in the calculation of the

Tribunal had erred in excluding the pensions payments from the calculation of lost wages. It sent the matter back to the Tribunal for reconsideration.

OTHER HUMAN RIGHTS DECISIONS

Spousal Benefits

The termination of survivorship benefits on remarriage occurring prior to the coming into force of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was the subject of an equality rights challenge before the Nova Scotia Court of Appeal.[cclxxxiv] The case was brought by a group of 62 widows who were awarded survivor pensions under then existing provisions in the provincial *Workers' Compensation Act*[cclxxxv] following the work-related deaths of their husbands, but lost them (prior to April 17, 1985) when they remarried. The rule regarding termination of a Awidow=s@ pension upon remarriage was repealed by the provincial legislature in 1992, but it was not until 1999 that the government moved to reinstate survivor pensions where they had been terminated after April 17, 1985, the date section 15 of the *Charter* had come into effect. Pensions that had been terminated after that date were reinstated retroactively to the moment when they were lost. The legislative amendments introduced at that time also provided for the reinstatement of pensions that had been terminated prior to the coming into force of section 15 of the *Charter*, but effective only as of January 1, 1999. It was this difference in treatment between Apost-*Charter*@ and Apre-*Charter*" widows that allegedly offended the equality guarantees in section 15.

In overturning the trial court=s decision in favour of the plaintiffs, the Court of Appeal stressed the importance of separating any analysis of the rule against retrospective application of the *Charter* from the substantive analysis of equality guarantees. The Court pointed out that clearly the *Charter* cannot apply to past legislation that no longer exists. It therefore underscored that A[t]he Aconstitutionality@ of the termination provisions pre-*Charter* is not in issue...They were not unconstitutional nor unlawful prior to 1985. The termination of pensions was not Adiscriminatory@ within the meaning of section 15 of the *Charter* at any point prior to April 17, 1985. It is misleading to suggest otherwise.@[cclxxxvi] In this sense, the equality provisions of section 15 could not be used to revive the payment of survivor pensions in the pre-*Charter* era. The real issue concerned the allegedly on-going, status-based consequences that resulted from the operation of past law. It was for this reason that the plaintiffs had asked that their pensions be revived only as of April 17, 1985. In their view (accepted by the trial judge), they were asking only that the *Charter* be applied prospectively so as to invalidate the on-going, status-based denial of a survivor pension.

The distinction between a discrete pre-*Charter* event (to which the *Charter* cannot be retrospectively applied) and an on-going condition or state of affairs is not always clear. The

---

loss of earnings.@ Ibid. at para. 59.

[cclxxxiv] *Bauman* v. *Nova Scotia (Attorney General)* (2001), 2001 NSCA 51, 197 D.L.R. (4th) 644 (N.S.C.A.).[hereinafter *Bauman*].

[cclxxxv] *Workers' Compensation Act*, S.N.S.1994-95, c. 10, as am. by 1999, c. 1; 2000, c. 4, s. 93.

[cclxxxvi] *Supra* note 283 at para. 30.

Court of Appeal referred extensively to a previous Supreme Court decision ("Benner"[cclxxxvii]) that endorsed and applied this distinction in circumstances where repealed legislation had conditioned a grant of citizenship on the gender of the birth parents. Though repealed, the discriminatory effect of this legislation had been carried forward in successor statutes so that a person applying for citizenship in the post-*Charter* era was still affected. That being the case, the Supreme Court granted *Charter* relief to a plaintiff whose post-*Charter* application for citizenship had been denied due to discriminatory distinctions rooted in past law that still created current, on-going problems of status or condition. In so doing, the Supreme Court observed:

> The question then is one of characterization: is the situation really one of going back to redress an old event which took place before the *Charter* created the right sought to be vindicated, or is it simply one of assessing the contemporary application of a law which happened to be passed before the *Charter* came into effect?
>
> I realize that this distinction will not always be as clear as one might like, since many situations may be reasonably seen to involve both past discrete events and on-going conditions. A status or on-going condition will often, for example, stem from some past discrete event. A criminal conviction is a single discrete event, but it gives rise to the on-going condition of being detained, the status of Adetainee@. Similar observations could be made about a marriage or divorce. Successfully determining whether a particular case involves applying the *Charter* to a past event or simply to a current condition or status will involve determining whether, in all the circumstances, the most significant or relevant feature of the case is the past event or the current condition resulting from it. This is, as I already stated, a question of characterization, and will vary with the circumstances. Making this determination will depend on the facts of the case, on the law in question, and on the *Charter* right which the applicant seeks to apply.[cclxxxviii]

In the instant case, the Court of Appeal could see no post-*Charter* continuing operation of the termination rule regarding Awidow=s@ survivor pensions. In contrast to the situation in Benner, the claimants here were not Anew applicants@ in the post-*Charter* era who were affected by the discriminatory impact of past law. Rather, the most significant feature of their case were the dates (all pre-*Charter*) on which each claimant had remarried. AIt was the event of remarriage that resulted in termination of the pension, not the status of being remarried. Had the claimants remarried and divorced or been widowed shortly thereafter, they were not eligible for reinstatement of the pension...[W]hile this is understandably viewed by the claimants as unfair, the termination provisions were not in contravention of the *Charter* at the time that they affected the claimants.@[cclxxxix]

Having found that section 15 of the *Charter* can not apply retrospectively to the decisions made

---

[cclxxxvii] *Benner* v. *Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358[hereinafter *Benner*]

[cclxxxviii] Quoted by the Court of Appeal, *supra* note 283 at para. 35 of its decision, from *Benner ibid.*

[cclxxxix] *Ibid.* at para. 36.

to terminate the claimants= survivor pensions,[ccxc] the Court of Appeal then turned to the reinstatement provisions found in the 1999 legislative amendments. Here it was clear that a distinction had been made that denied a benefit to the claimants. In assessing its possible discriminatory impact, the Court of Appeal first identified the comparator group with which the complainants should be compared. It rejected the submission that the proper comparator group chosen by the claimants should be all widows who did not remarry. It found that A[t]he suggested comparator group might be appropriate in the context of a section 15 challenge to the termination provisions...Those provisions differentiated between remarried widows and those who did not remarry. To accept that comparator group, however, would be to permit a collateral challenge to the termination provisions. It would improperly circumvent the issue of retrospectivity discussed above. In addition, the constitutionality of the termination provisions post-*Charter* is irrelevant to the position of these claimants.@[ccxci] It found instead that the correct comparator group was that composed of the post-*Charter* widows. Both they and the claimants were the ones affected by the legislation and related to its purpose, which was to restore pensions to widows who had lost them upon remarriage.

The only material difference between the claimants and the comparator group was the date of remarriage, as they all were widows who had eventually remarried. The Court of Appeal found that the trial level judge had erred in concluding that the claimants had been discriminated against on the basis of marital status. The basis for distinguishing the claimants was strictly temporal, i.e. based on the date of remarriage. The Court rejected any notion that this type of distinction could amount to an enumerated or analogous ground of prohibited discrimination. As a result, the failure to reinstate pensions effective from April 17, 1985 to the claimants, whose remarriage and loss of original survivor pension occurred prior to that date, did not conflict with equality rights under section 15 of the *Charter*.

Access to Employment Insurance Benefits

A decision of an Umpire under the *Employment Insurance Act*[ccxcii] has reviewed eligibility criteria against the claim that they infringed equality rights under section 15 of the *Charter*.[ccxciii] The case was brought on appeal from a Board of Referees that had decided a claimant did not qualify for regular benefits, maternity benefits or sick benefits because she was 33 hours short of the requisite 700 hours of insurable earnings. The 700 hour rule[ccxciv] had replaced (in 1996) previous criteria that had established eligibility as a function of having worked at least 15 hours

---

[ccxc] The Court of Appeal also rejected a decision of the British Columbia Supreme Court regarding similar reinstatement of pension provisions as being wrongly decided: *Grigg* v. *British Columbia* (1996) 138 D.L.R. 4th 548. Its view of the *Grigg* decision is found at paragraphs 91-103 of its own decision, *ibid.*

[ccxci] *Supra* note 283 at para. 61.

[ccxcii] *Supra* note 30.

[ccxciii] *In the Matter of the Employment Insurance Act and of the claim of Kelly Lesiuk* (on appeal from a Board of Referees)(22 March 2001), CUB 51142 [hereinafter *Lesiuk*].

[ccxciv] The minimum number of hours for regular benefits is actually defined as a range from 420 to 700, depending on the regional rate of unemployment. In this particular case the claimant was subject to a minimum of 700 hours.

per week for a period ranging from 12 to 20 weeks, depending on the regional rate of unemployment. In the case of the claimant, her responsibilities as a mother had prevented her from working full time as a nurse. She therefore had worked part-time as a nurse on call in the city of Brandon. When she relocated to Winnipeg due to her husband's change of employment (and after a period during which they had tried to maintain two residences) she applied for benefits under the *Employment Insurance Act*. At that time she was pregnant with her second child and had been advised by her doctor to cease working for reasons related to her pregnancy.

Expert witnesses were heard by the Umpire regarding both the purpose and effect of the changes to the eligibility criteria governing benefits under the *EI Act*. One witness pointed out that the government had been concerned about the tendency of employers to create part-time employment of less that 15 hours per week in order to escape the contribution requirements of the *EI Act*. In order to halt actual and potential erosion of those covered by the *Act* the new criteria introduced the notion of "first dollar coverage", designed to bring payroll taxes more into line with expected benefits under the *EI Act*. It was explained that under the old criteria a part-time worker who met the 15 hours per week minimum for 12 weeks (thus accumulating only 180 hours of insurable earnings) had been eligible for benefits, whereas an employee who had worked 10 hours a day, 7 days a week for 10 weeks (thus accumulating 700 hours of insurable earnings) was not. The new rules based on "first dollar coverage" were thus designed to introduce greater equity into the benefits scheme.

As to the composition of the part-time labour force, expert testimony established that women constitute over 80% of adult wage earners (age 25-54) working part-time. To a certain extent, this is explained by the fact that women remain the primary caregiver with respect to children, forcing them to try to balance domestic responsibilities with the need to work in order to supplement family income. Other factors of a socio-historical nature, prevailing gender roles and market conditions contribute as well to the concentration of women in part-time employment. While it was claimed that the changes to the eligibility criteria were motivated by a desire to improve access to benefits by part-time workers, one expert witness found otherwise. In referring to that testimony, the Umpire said: "It was her view that the weeks-to-hours change and the higher threshold of eligibility for re-entrance means that it is significantly more difficult for part-timers to qualify for benefits. When they do qualify, benefits are often of a shorter duration. Her study also revealed that there has been a dramatic drop in the proportion of the unemployed receiving employment insurance benefits and that the reduction has been greater for women than for men. Between 1996-97 and 1997-98, among regular claimants, claims by women dropped 20 percent, compared with a 16 percent decline for men."[ccxcv]

The *EI Act* also defines major attachment to the workforce in terms of a minimum number of hours (700) of insurable income. Only major attachment claimants are eligible for maternity and parental benefits. Whereas the old rules for determining major attachment (based on number of weeks worked) were arguably gender neutral, the new criteria were not. The Umpire summarized the claimant's argument:

> A standard based on weeks of employment does not tend to favour either men or women, since every man and woman who survives a calendar year has had exactly the same

---

[ccxcv] *Supra* note 292 at para. 25.

> number of weeks in that year to pursue paid employment. Since women devote a significant portion of their available working hours to unpaid labour, spending roughly double the time spent by men on unpaid work, women have fewer hours each year to devote to paid employment. Since the average man spends almost a third more hours each year in paid employment than the average woman, an entrance requirement based solely on total hours of paid employment in a year is more easily met by male workers who have more hours available for paid employment. In other words, the hours-based standard has a natural tendency to exclude more women than men.[ccxcvi]

It was argued that the hours-based criteria for eligibility for regular benefits does not draw a distinction between groups of people based on a personal characteristic. However, the Umpire found that this view did not fully consider the possible impact of the neutral rule on a group already burdened with disadvantage. He pointed out that the 700 hour rule for regular benefits was arrived at by assuming a 35-hour work week for a given period of time, thus leaving the average women at a disadvantage. In his own words:

> ...as the evidence clearly indicates, women continue to perform two-thirds of unpaid labour, leaving them with fewer hours to devote to paid employment. Some women, like the appellant, with children, not yet of school age, face the toughest challenge. They are required to alter their paid work arrangements to meet demands of unpaid work, while the age or presence of children has little impact on men's paid or unpaid work patterns. They are often unable to undertake more hours of paid work because their juggling act would become much more complicated and may be just too stressful. Thus, the hours-based system disproportionately affects women by increasing the number of hours of work required to qualify and lowering the number of weeks of benefits if they are unable to increase their hours of work.[ccxcvii]

The Umpire then went on to consider if the differential impact was based on a distinction that amount to a listed or analogous ground of discrimination under section 15 of the *Charter*. It had been argued that the distinction here was rooted in employment status and thus did not amount to an analogous ground. In short, the claimant had been denied benefits due to her weak labour force attachment calculated as a function of the number of hours worked in the preceding 52-week period, not because of some immutable personal characteristic. Notwithstanding, the Umpire found that the differential impact was based on the status of a person being in a parent and child relationship and that this amounted to an analogous ground under section 15. He said: "Parenthood is central to one's identity and personhood, it is a status that is immutable. It is true that the status will change when the children are no longer in need of a caregiver, but that does not change the fact that their status is immutable until that time comes. The appellant's status as a parent and primary caregiver is one that the government has no legitimate interest in expecting her to change to receive equal treatment under the law. When a mother works part-time because of her unpaid parental responsibilities she should not receive inferior employment insurance coverage on that account."[ccxcviii]

[ccxcvi] *Ibid.* at para. 29.

[ccxcvii] *Ibid.* at para. 50.

[ccxcviii] *Ibid.* at para. 59.

The Umpire also found that the underlying purpose of section 15 of the *Charter* had been breached as well. This was so because the definition of major work force attachment ignored the contribution women made through unpaid work in the home: "The former Act gave some credit for completion of a minimum calendar based period of work for major attachment. Although a woman, under the present legislation, who works part-time year round has a strong attachment to the workforce, her attachment to the workforce is less than that of a man who is able to easily accumulate employment insurance dependence by working the 700 hours in the summer and collecting employment insurance benefits every winter. Since the appellant's attachment to the work force is deemed inadequate, not because she lacks regular employment, but because her weekly hours of paid employment are limited by her unpaid obligations, the dignity of the part time working mother with children is more directly violated."[ccxcix] He also found that the definition of workforce attachment promoted the view that a woman is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society.

As to remedy, the Umpire found that he did not have the authority to declare the relevant sections of the *Employment Insurance Act* to be invalid. He therefore returned the matter to the Board of Referees, differently constituted, to rehear the application of the complainant as if the legislative provisions in question had never been enacted.

Sexual Orientation

The Supreme Court of Canada has issued a decision regarding alleged discrimination based on sexual orientation at a private, religiously-based university in British Columbia.[ccc] The case arose from the decision of the British Columbia College of Teachers (BCCT) to deny the request of Trinity Western University (TWU) that it be authorized to assume full responsibility for the final year of a five year baccalaureate degree in education. The BCCT invoked alleged discriminatory practices against gays and lesbians found in a TWU Community Standards document that all its students were required to sign. That document contains a paragraph identifying practices that are biblically condemned and enjoining students to refrain therefrom. These include drunkenness, profane language, dishonesty and cheating, abortion, and various sexual sins such as premarital sex, adultery and homosexual behaviour. The BCCT took the position that it would be contrary to the public interest and public policy to accept the TWU request, given that its proposed program reflected discriminatory practices based on sexual orientation. It felt that there was a risk that graduates of TWU would not provide a discrimination-free environment for students in the public schools should their entire teacher education program be under the exclusive control of TWU. In denying accreditation for the final year (thus maintaining the requirement of a final year attendance at Simon Fraser University), the BCCT purported to act pursuant to its authority under section 4 of the *Teacher Profession Act* to Aestablish, having regard to the public interest, standards for the education, professional responsibility and competence of its members, persons who hold certificates of qualification and applicants for membership..."[cccl] The decision of the BCCT was overturned by the British

---

[ccxcix] *Ibid.* at para. 66.

[ccc] *Trinity Western University* v. *College of Teachers (British Columbia)* (17 May 2001), [2001] 1 S.C.R. 772 , 2001 SCC 31[hereinafter *TWU*]. All nine judges of the Supreme Court heard this appeal. The decision issued was unanimous save for one dissenting opinion.

[cccl] *Teaching Profession Act*, R.S.B.C. 1996, c. 449.

Columbia Supreme Court, and an appeal by the BCCT to the provincial Court of Appeal was rejected.[ccii]

On the substantive issue of alleged discriminatory practices, the Supreme Court looked first to TWU documents. While it allowed that the Community Standards were such as to make it unlikely that a homosexual student would seek admission to TWU, that alone does not establish a discriminatory practice. It pointed out that TWU as a private religiously based institution is exempt in part from British Columbia human rights legislation (i.e. it can favour adherents to is own religion). Moreover, its private status precluded the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. That said, the Court felt that arguments to the effect Athat the voluntary adoption of a code of conduct based on a person=s own religious beliefs, in a private institution, is sufficient to engage section 15 would be inconsistent with freedom of conscience and religion, which co-exist with the right to equality.@[ccciii] Freedom was understood by the Court to embrace A...both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.@[ccciv]

The Court recognized that protection from discrimination based on sexual orientation is guaranteed in both the *Charter* (as an analogous ground) and the human rights legislation of British Columbia, as is freedom of religion and conscience. It is the potential conflict between these two guarantees that is raised in the case of TWU, one that can be resolved by the proper delineation of the rights and values involved. While the impact of TWU=s admission policies on the public school environment is a legitimate concern of BCCT in assessing the public interest, reasoned the Court, such impact must be assessed in light of concrete evidence. In this regard, the Court concluded that ATWU=s Community Standards, which are limited to prescribing conduct of members while at TWU, are insufficient to support the conclusion that the BCCT should anticipate intolerant behaviour in the public schools. Indeed, if TWU=s Community Standards should be sufficient in themselves to justify denying accreditation, it is difficult to see how the same logic would not result in the denial of accreditation to members of a particular church. The diversity of Canadian society is partly reflected in the multiple religious organizations that mark the societal landscape and this diversity of views should be respected.@[cccv] In short, the BCCT had made no attempt to weigh the various rights involved in the situation presented by the TWU request for accreditation. Finding this to have been legally incorrect, the Supreme Court then proceeded to conduct that inquiry itself.

The Court identified two contextual factors it considered of great significance. First, the constitutional framework of Canada protects religious public education rights, that protection being part of the historic compromise that made Confederation possible. Moreover, many Canadian universities have traditions of religious affiliation. Second, the human rights statute of

---

[ccii] See *Trinity Western University* v. *British Columbia College of Teachers* (1997), 41 B.C.L.R. (3d) 158 (B.C.S.C.). See also *Trinity Western University* v. *British Columbia College of Teachers* (1998), 59 B.C.L.R. (3d) 241 , 169 D.L.R. (4th) 234 (B.C.C.A.)

[ccciii] *Supra* note 299 at para. 25.

[ccciv] *Ibid.* at para. 28.

[cccv] *Ibid.* at para. 33.

British Columbia provides that a religious institution does not offend the principles set out in that legislation if it prefers members of its own religious belief. How could one then reasonably argue that private institutions are so protected Abut their graduates are de facto considered unworthy of fully participating in public activities [?].@[cccvi] Other legislative initiatives of the government of British Columbia belied this conclusion as well: AIn this particular case, it can reasonably be inferred that the British Columbia legislature did not consider that training with a Christian philosophy was in itself against public interest since it passed five bills in favour of TWU between 1969 and 1985.@[cccvii] As to the effect all this might have on homosexual students, the Court remarked: AWhile homosexuals may be discouraged from attending TWU, a private institution based on particular religious beliefs, they will not be prevented from becoming teachers. In addition, there is nothing in the TWU Community Standards that indicates that graduates of TWU will not treat homosexuals fairly and respectfully.@[cccviii]

This last observation led the Court to emphasize that a distinction must be made between holding a belief and acting upon it: A...the proper place to draw the line in cases like the one at bar is generally between belief and conduct. The freedom to hold beliefs is broader than the freedom to act on them. Absent concrete evidence that training teachers at TWU fosters discrimination in the public schools of British Columbia, the freedom of individuals to adhere to certain religious beliefs while at TWU should be respected. The BCCT, rightfully, does not require public universities with teacher education programs to screen out applicants who hold sexist, racist or homophobic beliefs. For better or for worse, tolerance of divergent beliefs is a hallmark of a democratic society.@[cccix] Curiously, the Court seemed to ignore the distinction between an institution that actively promotes racist or homophobic views and one that doesn=t.

Alleged discriminatory conduct by a teacher can rightfully be the subject of disciplinary proceedings before the BCCT. While conduct subject to censure is normally related to on-duty responsibilities in the schools, off-duty conduct that has the effect of Apoisoning@ the environment within a school may be subject to disciplinary sanctions as well. In the case at bar, there was no evidence presented that related to past conduct of graduates of TWU being tainted by unacceptable discriminatory behaviour in the course of performing their duties as teachers. In effect, the BCCT had denied accreditation to TWU in the absence of any evidence of past problems with graduates of Christian institutions. The Court pointed out that BCCT A...could have asked for reports on student teachers, or opinions of school principals and superintendents... [or] examined discipline files involving TWU graduates or other teachers affiliated with a Christian school of that nature.@[cccx] Its failure to do so constituted a fatal legal error.

In rejecting BCCT=s appeal, the Supreme Court also considered whether the original order of mandamus issued by the trial judge requiring BCCT to approve the accreditation of TWU should be maintained. Given the statutory restrictions on BCCT=s discretionary powers and the fact that denial of accreditation was motivated only by alleged discriminatory practices, the original order was considered appropriate. In short, the Court found that BCCT had acted on the basis of

---

[cccvi] *Ibid.* at para. 35.
[cccvii] *Ibid.* at para. 35.
[cccviii] *Ibid.*
[cccix] *Ibid.* at para. 36.
[cccx] *Ibid.* at para. 38.

irrelevant considerations when it invoked the religious beliefs of TWU rather than the impact of those beliefs on school environments. In so doing it had acted unfairly.

Mandatory Retirement

A mandatory retirement case heard by the British Columbia Court of Appeal has placed in question the meaning and scope of previous decisions of the Supreme Court of Canada, in particular the latter=s judgment in *Mckinney* v. *University of Guelph*.[cccxi] Among other things, the *Mckinney* decision examined the constitutional validity of provisions in the Ontario *Human Rights Code*[cccxii] which permitted discrimination in employment against those over 65. It found that those provisions violated equality rights under section 15 of the *Charter* but that they were saved under section 1 as being a reasonable limit prescribed by law in a free and democratic society. In applying section 1 of the *Charter*, the Supreme Court conducted a detailed analysis of the underlying policy concerns of government regarding mandatory retirement at 65, reflected in the contentious provisions of the Ontario *Human Rights Code*.

The case before the British Columbia Court of Appeal involved an employee of the Greater Vancouver Regional District (GVRD) who lost his employment as a waste plant operator two days before he was scheduled to start when management learned that he was 65 2 years old.[cccxiii] He grieved that decision pursuant to procedures set out in a collective agreement. At the arbitration hearing management did not offer any material evidence regarding policy considerations that might justify mandatory retirement at 65. It took the view that it was not in breach of the *British Columbia Human Rights Code*[cccxiv] because the *Code* itself defined age for the purposes of prohibited discrimination as between 19 and 65. In other words, by the very terms of the *Code* its policy on mandatory retirement did not amount to a prohibited form of discrimination based on age. In support of its position, GVRD cited the Supreme Court decision in *McKinney* where similar definitions of age in the Ontario *Human Rights Code* had been found to be constitutionally valid.

The Arbitration Panel rejected the view of management that it was not obliged to offer any evidence to satisfy the requirements of section 1 of the *Charter*. It ruled that the Supreme Court in *McKinney* had in fact conducted two section 1 inquiries, one with respect to specific university retirement policies and another regarding the constitutional validity of contested provisions in the Ontario *Human Rights Code*. It reasoned that Ahad the SCC intended its decision regarding section 9(a) of the Ontario *Code* to establish that mandatory retirement is always a reasonable limit on the *Charter* right to equality, it need not have devoted as much attention as it did to the question of whether the mandatory retirement measures of the universities were justified under section 1 of the *Charter*. The separate and extensive analysis of that question...is consistent with the necessity for an employer seeking to justify mandatory retirement to make its case for a section 1 limit."[cccxv] Accordingly, the majority of the Arbitration Panel ruled that GVRD

[cccxi] [1990] 3 S.C.R. 229.[hereinafter *McKinney*]

[cccxii] *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19.

[cccxiii] *Greater Vancouver Regional District Employees' Union* v. *Greater Vancouver Regional District* (5 October 2001), [2001] BCCA 435, No. CA027457(B.C.C.A.).[hereinafter *GVRD*].

[cccxiv] *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.

[cccxv] *Supra* note 312 at para. 42.

management was required to present evidence so that a proper analysis under section 1 of the *Charter* could take place. Since it had failed to do so, the Panel determined that GVRD mandatory retirement policies, based as they were on age, were contrary to section 15 of the *Charter*.

The decision of the British Columbia Court of Appeal turns almost exclusively on the proper interpretation to be given the *McKinney* decision.[cccxvi] The majority decision of the Court of Appeal carefully separates the two inquiries under section 1 that the Arbitration Panel had identified. In its view, the Supreme Court in *McKinney* had found Athat the objectives of the mandatory retirement policies were pressing and substantial in the university context, that the policies were rationally connected to the objectives and that the measures used to obtain those objectives impaired the section 15(1) right as little as possible...[and] that the policies attempted to strike a balance between the claims of legitimate but competing social values such that deference should be accorded to them...@[cccxvii] The Court of Appeal took the view that this conclusion had been arrived at separate and apart from the issue of whether provisions in the Ontario *Human Rights Code* infringed equality rights under section 15 of the *Charter*. It pointed out that this latter issue had been the subject of extensive historical, economic and social analysis by the Supreme Court undertaken after having reached its findings on the specific retirement scheme of the university. Moreover, the Court of Appeal found that the Supreme Court had been focused mainly on the effects of mandatory retirement in the private sector when it assessed the validity of the *Human Rights Code*. It quoted the following passage from *McKinney*:

> It must be remembered that what we are dealing with is not regulation of the government's employees; nor is it government policy favouring mandatory retirement. It simply reflects a permissive policy. It allows those in different parts of the private sector to determine their work conditions for themselves, either personally or through their representative organizations. It was not a condition imposed on employees. Rather it derives in substantial measure from arrangements which the union movement or individual employees have struggled to obtain.[cccxviii]

The Court of Appeal also conducted an exhaustive review of other decisions issued on the question of mandatory retirement. This review reinforced its conclusion that the Supreme Court had not intended to declare that Aall mandatory retirement policies in the public sector were saved under section 1 of the *Charter* simply because they do not contravene relevant provincial human rights legislation....[I]f the majority in McKinney had intended to resolve the issue of the constitutionality of mandatory retirement policies in the public sector for all employment of every kind, one would have expected them to say so in no uncertain terms.@[cccxix]

Returning to the specific circumstances of the case at bar, the Court of Appeal concluded:

> Is it reasonable to conclude that an employer such as this respondent could simply

---

cccxvi *Supra* note 312.
cccxvii *Ibid.* at para. 58.
cccxviii *Ibid.* at para. 71.
cccxix *Ibid.* at para. 120 and 122.

> enact an admittedly discriminatory policy, which on its face does not offend the *Human Rights Code*, and do no more to justify its policy than refer to *McKinney*? In my view, the answer to this question is "no". *McKinney* is not definitive of the constitutionality of all mandatory retirement policies in the public sector, without regard to the nature of the employment or the underlying factual foundation of each case. It does not relieve an employer of the onus of establishing that its policy of mandatory retirement is justifiable under section 1 of the *Charter* on an *Oakes* analysis. It may be that the onus on an employer will be readily met in some cases because of similarities between the case at hand and other decided cases, but the onus must still be satisfied.[cccxx]

One judge on the Court of Appeal (from a bench composed of three) dissented from the conclusion of the majority. After referring to different passages in the *McKinney* decision, the dissenting judge concluded:

> Any obligation to advance a specific occupational justification for mandatory retirement at age 65 would add a second tier to the obligation of *Code* compliance and could call in question the general justification underpinning the *Code* provisions. If this general justification is sufficient to support the *Code*, I see no reason why it should not be equally sufficient to justify a policy that is in compliance with the *Code*. The alternative would create a tension between general and specific justifications for mandatory retirement, which could lead to uncertainty, and conflict in government employment. I think that it would be incongruous to impose a higher standard than the *Human Rights Code* upon this employer simply because it is a government entity when it is an employer within provincial jurisdiction. In my view, the provisions of the *Code* by necessary implication provide justification for the mandatory retirement policy under section 1 of the *Charter* as a matter of general law applicable to both private and public sectors within provincial jurisdiction.[cccxxi]

It is unknown whether an appeal of this decision will be taken to the Supreme Court of Canada.

R. v. Latimer

The Supreme Court of Canada has ruled in the much publicized case of Robert Latimer, found guilty of the second degree murder of his 12-year-old daughter who suffered from a severe form of cerebral palsy.[cccxxii] Although second degree murder is subject to a minimum sentence of 10 years imprisonment, the judge who presided at Latimer=s trial considered the punishment to be cruel and unusual in the circumstances of the case and hence contrary to section 12 of the *Charter*. He therefore granted a constitutional exemption to the minimum 10 year jail term and

---

[cccxx] *Ibid.* at para. 125.

[cccxxi] *Ibid.* at para. 16.

[cccxxii] *R.* v. *Latimer* (18 January 2001), 2001 SCC 1, No. 26980 (S.C.C.).

imposed a one year prison sentence, to be followed by one year of probation. The decision of the trial judge in this respect was overruled by the Saskatchewan Court of Appeal, which imposed the minimum sentence of 10 years, and a further appeal was taken to the Supreme Court of Canada.[cccxxiii]

As a point of departure, the Supreme Court affirmed that cruel and unusual punishment within the meaning of section 12 of the *Charter* refers to punishment that is Aso excessive as to outrage standards of decency."[cccxxiv] It is only where punishment is grossly disproportionate to what would have been appropriate that the protection under section 12 can be engaged. In determining whether a sentence is grossly disproportionate, a court A...must first consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender or to protect the public from this particular offender.@[cccxxv] Beyond these factors, a court must also consider A...the actual effect of the punishment on the individual, the penological goals and sentencing principles upon which the sentence is fashioned, the existence of valid alternatives to the punishment imposed and a comparison of punishments imposed for other crimes in the same jurisdiction.@[cccxxvi] The Supreme Court also emphasized that the test for determining if a sentence is disproportionately long is stringent and demanding, and that a violation of section 12 will only be found on rare and unique occasions.

In applying these principles to the Latimer case, the Supreme Court first noted that the offence committed was one of extreme gravity: A[S]econd degree murder is an offence accompanied by an extremely high degree of criminal culpability . In this case, therefore, the gravest possible consequences resulted from an act of the most serious and morally blameworthy intentionality. It is against this reality that we must weigh the other contextual factors, including and especially the particular circumstances of the offender and the offence.@[cccxxvii] The Court found that both aggravating and mitigating circumstances characterized the crime of Mr. Latimer; so much so that their combined impact was greatly diminished when set off against the gravity of the offence.[cccxxviii]

[cccxxiii] Although various other criminal law issues were reviewed by the Supreme Court, such as the defence of necessity, only the question of cruel and unusual punishment under the *Charter* is addressed in this summary.

[cccxxiv] *Supra* note 321 at para. 73, citing *Miller and Cockriell* v. *The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680 at page 688.

[cccxxv] *Supra* note 321 at para. 74.

[cccxxvi] *Ibid.* at para. 75.

[cccxxvii] *Ibid.* at para. 84.

[cccxxviii] The Court expressed it this way: AOn the one hand, we must give due consideration to Mr. Latimer=s initial attempts to conceal his actions, his lack of remorse, his position of trust, the significant degree of planning and premeditation, and Tracy=s extreme vulnerability. On the other hand, we are mindful of Mr. Latimer=s good character and standing in the community, his tortured anxiety about Tracy=s well-being, and his laudable perseverance as a caring and involved parent. Considered together we cannot find that the personal characteristics and particular circumstances of this case displace the serious gravity of this offence.@ *Ibid.* at para. 85.

The seriousness of the offence was reflected in the minimum punishment provided for under the *Criminal Code*.[cccxxix] The Court found that a minimum sentence of 10 years imprisonment served an important sentencing principle, namely, that punishment plays a significant denunciatory role with respect to crime: AThe objective of denunciation mandates that a sentence should communicate society=s condemnation of that particular offender=s conduct. In short, a sentence with a denunciatory element represents a symbolic, collective statement that the offender=s conduct should be punished for encroaching on our society=s basic code of values as enshrined
within our substantive criminal law."[cccxxx] The role of denunciation is all the more important, reasoned the Court, when the crime under consideration involved considerable planning and premeditation and resulted in a high degree of coverage by the media. Denunciation of such crimes serves to deter other like-minded individuals, particularly important where the victim is vulnerable because of age, disability or other similar factors.

In light of all these reasons, the Court concluded that the minimum sentence of 10 years imprisonment imposed on Mr. Latimer did not violate his rights under section 12 of the *Charter*. In so doing, it also pointed out that the royal prerogative of mercy is explicitly preserved by the terms of the *Criminal Code*. It adopted its reasoning in a previous decision to the effect that A[w]here the courts are unable to provide an appropriate remedy in cases that the executive sees as unjust imprisonment, the executive is permitted to dispense Amercy@, and order the release of the offender. The royal prerogative of mercy is the only potential remedy for persons who have exhausted their rights of appeal and are unable to show that their sentence fails to accord with the *Charter*.@[cccxxxi]

Obesity as a Disability

The issue of whether obesity constitutes a disability within the meaning of certain provisions of the *Canada Transportation Act* (*CTA*)[cccxxxii] was raised before the Canadian Transportation Agency. The issue arose from a complaint made against Air Canada regarding both specific seating arrangements on a Calgary to Ottawa flight, and the airline's general policy of charging a higher fare to accommodate passengers who required additional seating space due to their obesity.[cccxxxiii]

The Agency's mandate and authority regarding disabilities generally is found in Part V of the *CTA*, which provides for the issuance of regulations designed to eliminate undue obstacles to the mobility of persons with disabilities in the transportation network under federal control, and

---

[cccxxix] *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[cccxxx] *Supra* note 321 at para. 86.

[cccxxxi] *Ibid.* at para. 89.

[cccxxxii] *Canadian Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10.

[cccxxxiii] IN THE MATTER OF the jurisdictional question, arising in the context of an application received by the Canadian Transportation Agency from Linda McKay-Panos against Air Canada, of whether obesity is a disability for the purposes of Part V of the *Canada Transportation Act* (12 December 2001), Decision No. 646-AT-A-2001.

establishes a complaint adjudication authority. Even in the absence of specific regulations, the Agency is empowered to adjudicate matters raised in applications relevant to undue obstacles to the mobility of persons with disabilities. It was under this authority that the present application was brought. However, whether obesity constituted a disability under Part V was considered a preliminary jurisdictional issue to be heard at a special hearing before which a number of expert witnesses testified.

In its decision following the special hearing, the Agency recognized that Part V of the *CTA* is by nature human rights legislation that should be given a broad, liberal and purposive interpretation. It also took note that section 171 of the *CTA* specifically requires the Agency and the Canadian Human Rights Commission to "...coordinate their activities in relation to the transportation of persons with disabilities in order to foster complementary policies and practices and to avoid jurisdictional conflicts."[cccxxxiv] It was with these principles in mind that the Agency considered the evidence presented, and the arguments made, regarding the issue of obesity.

Expert testimony regarding the characterization of obesity as a disease diverged. However, none of the parties before the Agency took the view that the causes of obesity, medical or otherwise, determined the issue of whether it constituted a disability. In this regard, the Agency found that a health condition can be considered to be a disability for the purposes of accessibility under Part V without it being a disease. It cited as an example the hypothetical case of accidental quadriplegia. By the same token, evidence that tends to establish a relationship between obesity and other health problems and co-morbidities (which the Agency found to be weak) does not dispose of the question of whether obesity is a disability. More relevant and appropriate standards, concluded the Agency, can be found in the notions of impairment, activity limitations and/or participation restrictions, all of which are set out in the World Health Organization's International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF).
With respect to impairment generally, the Agency noted the ICF model views it as a problem in body function or structure, a decrement in power or strength of a function or a deviation in functioning. The ICF model views obesity as a body function impairment based on an individual's BMI (Body Mass Index). The Agency observed, however, that based on this model fully 60% of the North American population would be overweight and technically disabled. It concluded therefore that impairment alone (at least in the present case) was insufficient to determine that a disability existed.

Turning to the notion of activity limitation, the Agency noted that the ICF model considers a limitation to be an incapacity, inability or other inherent difficulty in executing a task or function. Expert testimony suggested that any conclusion regarding a limitation must be based on the facts of a given case. In other words, such a determination cannot be made *a priori* or by definition, as is the case with impairment. The Agency found that while some obese persons experience certain activity limitations, a considerable percentage of them do not. If further emphasized that the medical evidence showed that there is no specific BMI beyond which activity limitations will inevitably be present. The Agency took a similar view with respect to participation restrictions, pointing to the view of experts that the assessment of such restrictions must be done on a case-by-case basis. While the Agency did not disagree with testimony to the effect that obese persons face stigma and denial of opportunity generally and that social attitudes

---

[cccxxxiv] *Supra* note 331, s. 171.

towards them are often discriminatory, it found that no evidence was presented to support the conclusion that obese persons necessarily experience participation restrictions in the context of the federal transportation network. It reached the same conclusion regarding activity limitations.

In light of its findings regarding the facts-based nature of activity limitations and participation restrictions, the Agency ruled that obesity *perse* is not a disability within the meaning of Part V of the *CTA*. However, it supplemented its ruling with the observation that "the evidence suggests that there may be individuals in the population of persons who are obese, who have a disability for the purposes of Part V of the *CTA* which can be attributed to their obesity."[cccxxxv] Accordingly, the Agency indicated that it would continue to examine applications raising such issues on a case-by-case basis. A decision regarding the merits of the specific application against Air Canada, which had given rise to the special hearing, has yet to be issued.

INTERNATIONAL LAW

[cccxxxv] *Supra* note 332.

The establishment of the Canadian Human Rights Commission in 1978 followed hard on the heels of Canada's ratification in 1976 of the two International Human Rights Covenants.[cccxxxvi] Since that time, the Commission has played an important role in ensuring Canada implements its international human rights obligations domestically and in helping to advance human rights standards at the international level. In fact, the Commission played a pivotal role in the development of the "Paris Principles" in 1991, principles which were subsequently endorsed by the UN General Assembly[cccxxxvii] (A/RES/48/134 of 4 March 1994). These Principles set out minimum standards for independent and impartial national human rights institutions, and provide that "national institutions should promote the harmonization of national legislation, regulations and practices with international human rights instruments."[cccxxxviii] In fulfilling this mandate, the Commission has recently begun to incorporate international human rights law into its analysis of new government legislation. For example, in 2001, in providing comments on the Anti-terrorism legislation (Bill C-36)[cccxxxix] and amendments to the *Immigration and Refugee Protection Act (Bill C-11)*[cccxl], the Commission examined international human rights standards binding on Canada and concluded that aspects of both pieces of legislation were inconsistent with Canada's obligations under international human rights law.

The importance of international human rights law in the Canadian context was highlighted in 2000 by the Canadian Human Rights Act Review Panel, chaired by the Honourable Gérard La Forest. In its report entitled *Promoting Equality: A New Vision*[cccxli], the Review Panel made a series of recommendations to amend the *CHRA* and the mandate of the Commission. Specifically, the Review Panel recommended that the *CHRA* include explicit reference to international human rights law in the preamble and provide the Commission with a mandate to monitor Canada's performance in this regard. In 2001, the newly established Standing Senate Committee on Human Rights issued its first report[cccxlii] and reiterated the recommendation that

---

[cccxxxvi] The International Bill of Human Rights consists of the 1948 *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217(III), UN GAOR, 3d Sess., Supp. No. 13, UN Doc A/810(1948) 71 [hereinafter cited as UDHR], the *1976 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, (Supp.No. 16) 49, Doc. A/6316 U.N. (1966) [hereinafter cited as ICESCR], and the *International Covenant on Civil and Political Rights* 19 December 1966, 999 U.N.T.S. 171, Can T.S. 1976 No. 47, 6 I.L.M. 368(Entered into force 23 March 1976),[hereinafter cited as ICCPR] and its two Optional Protocols.

[cccxxxvii] *Principles relating to the status and functioning of national institutions for protection and promotion of human rights* , GA Res. 48/134 (4 March 1994)[hereinafter "*Paris Principles*"].

[cccxxxviii] *Ibid.* at annex 3(b).

[cccxxxix] Bill C-36, *An Act to amend the Criminal Code, the Official Secrets Act, the Canada Evidence Act, the Proceeds of Crime(Money laundering) Act and other Acts, and to enact measures respecting the registration of charities, in order to combat terrorism*, 1st Sess., 37th Parl., 2001.(assented to 18 December 2001, S.C. 2001, c. 41).

[cccxl] Bill C-11, *An Act respecting immigration to Canada and the granting of refugee protection to those persons who are displaced, persecuted or in danger*, 1st Sess., 37th Parl., 2001.(assented to 1 November 2001, S.C. 2001, c. 27).

[cccxli] Canadian Human Rights Review Panel, *Promoting Equality a new vision*, 2000.(Ottawa : Canadian Human Rights Review Panel, 2000).

[cccxlii] Canada, Parliament, Standing Senate Committee on Human Rights, "Promises to keep: Implementing Canada's Human Rights Obligations", 2nd Report, 1st Sess., 37th Parliament,

the *CHRA* make explicit reference to international human rights instruments and that the Commission be given sufficient resources to conduct a systematic review of proposed legislation and policies for consistency with international human rights standards.

Similarly, Canadian courts are increasingly turning to international human rights law to provide persuasive interpretations of Canadian domestic law. In 1999 in the *Baker* case,[cccxliii] the Supreme Court of Canada went beyond the traditional presumption of statutory conformity with international obligations to state that the "values reflected in international human rights law may help inform the contextual approach to statutory interpretation and judicial review"[cccxliv]. In the particular case of *Baker*, this meant that immigration officials were bound to consider the values expressed in the *Convention on the Rights of the Child*[cccxlv] when exercising discretion. In early 2002, the reasoning set out in *Baker* was applied, in part, in the *Suresh* case,[cccxlvi] where the Supreme Court examined the application of the *Convention Against Torture*[cccxlvii] to interpret the *Charter* and the non-refoulement provisions of the *Immigration Act*.[cccxlviii] The Court wrote that "the inquiry into the principles of fundamental justice is informed not only by Canadian experience and jurisprudence, but also by international law."[cccxlix]

A similar trend is being seen in other jurisdictions. In 2001, in a case involving Zambia, the African Commission on Human and People's Rights held that international treaties, although not part of a State's domestic law nor directly enforceable in the national courts, nonetheless imposed internal obligations on State parties.[cccl] These developments further highlight the fact that international human rights standards and trends can, and increasingly do, have a profound impact on human rights at the domestic level — within Canada as well as in other "dualist" states where international law is not automatically and directly applicable in domestic courts.

While international law is increasingly informing the interpretation of Canadian domestic law, there remain significant gaps between the two. In its report, the Standing Senate Committee on Human Rights also stressed that there are gaps between Canada's obligations under international human rights treaties and our domestic law, gaps which mean that "Canada is not entirely fulfilling its international commitments and risks denying its people access to certain of their human rights." [ccli]

December 2001.

[cccxliii] *Baker* c. *Canada*, [1999] 2 S.C.R. 217.

[cccxliv] *Ibid.* at para. 70.

[cccxlv] *Convention on the Rights of the Child*, G.A. res. 44/25, annex, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 167, U.N.Doc. A/44/49(1989) (entered into force Sept. 2, 1990).

[cccxlvi] *Suresh* v. *The Minister of Citizenship and Immigration et al.*(11 January 2002), [2002] 2 SCC 1, File No. 27790.

[cccxlvii] *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 9 March 1984, Can. T.S. 1987 No. 36, 23 I.L.M. 1027.

[cccxlviii] *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2.

[cccxlix] *Supra* note 345 at para. 46.

[cccl] *Legal Resources Foundation* v. *Zambia*, Communication 211/98, Decision of the AfCmHPR, 29th Ordinary Session, April/May 2001.

[ccli] *Supra* note 341.

For the first time a brief overview of developments and trends in international human rights law is being provided in the Commission's *Legal Report*. The section is not meant to be exhaustive, nor to cover every relevant issue. Rather it looks — at the three broad issues dealt with by the Canadian Human Rights Tribunal or other Canadian Courts this year and addressed in other sections of this report - discrimination on the grounds of sex, disability and race, the rights of indigenous peoples and economic, social and cultural rights. It also and examines major international developments on these issues.

8. *Discrimination based on sex*

Canada was one of the first countries in 1981 to ratify the UN *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW).[ccclii] Article 1 of the Convention defines discrimination against women as: "...any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field."[ccccliii]

In addition to the CEDAW, other conventions, declarations and international standards prohibit discrimination on the grounds of sex. These include the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)[ccccliv], the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[ccclv], the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)[ccclvi] and the Convention on the Political Rights of Women[ccclvii] and International Labour Organisation treaties pertaining to equal pay.[ccclviii]

Key issues considered in 2001 were the focus on trafficking in women, a gender-based approach to security and the development of individual complaints mechanisms for women whose internationally-protected human rights have been violated.

---

ccclii *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*(1981) 1249 U.N.T.S. 13[hereinafter cited as CEDAW].

ccccliii *Ibid.*

ccccliv *Universal Declaration of Human Rights, supra* note 335.

cccclv *International Covenant on Civil and Political Rights*, *supra* note 335.

cccclvi *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *supra* note 335.

cccclvii *Convention on the Political Rights of Women*, 193 U.N.T.S. 135, entered into force July 7, 1954.

cccclviii For example, see *Recommendation (No. 111) Recommendation concerning discrimination in respect of employment and occupation*, General Conference of the International Labour Organisation, June 25, 1958., *Recommendation (No. 90) Recommendation concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value*, General Conference of the International Labour Organisation, June 29, 1951., *Convention (No. 100) Concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value*, General Conference of the International Labour Organisation, May 23, 1953, *Convention (No. 111) Concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation*, General Conference of the International Labour Organisation, June 25, 1958.

In late 2000, Canada signed a new Protocol to the UN treaty on Transnational Organized Crime concerning "Trafficking in Persons, Especially Women and Children".[cccliix] Also, late in 2000, the Security Council passed its first-ever resolution on gender and security. In 2000, attention was focussed on the adverse impact of armed conflict on women and girls, on the role of women in peace-building and on the gender dimensions of peace processes and conflict resolution.

Of great relevance to the Commission, was the coming into force late in 2000 the *Optional Protocol* creating a new individual complaint mechanism under the *UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women* (CEDAW).[ccclx] There were 73 signatories, 28 of whom had ratified the protocol by the end of 2001. In 2001, the Government of Canada announced that it supported the adoption of the Optional Protocol. It is currently consulting the provinces and territories regarding ratification. Ratification by Canada of the Optional Protocol would allow women, after exhausting domestic Canadian remedies, to submit individual "communications" to the Committee on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women alleged violation of their rights under the CEDAW treaty.

Just as the *CHRA* addresses sex discrimination in employment or in the provision of services, the CEDAW treaty prohibits discrimination in economic and social benefits (Article 13) and in the field of employment (Article 11), guaranteeing women's right to work and their right to equal pay and equal treatment for work of equal value. The treaty also states that positive measures to accelerate de facto equality do not amount to discrimination. In many ways, the international legal framework guaranteeing women's equality in these spheres mirrors the legislative framework of the *CHRA*, including Pay Equity provisions and the *Employment Equity Act*.[ccclxi]

Over the past few years, human rights bodies within Canada have increasingly recognized the compound effects of discrimination on more than one ground, or "intersectionality". In 1998, the *CHRA* was amended to affirm that greater certainty that "a discriminatory practice includes a practice based on one or more prohibited grounds of discrimination or on the effect of a combination of prohibited grounds."[ccclxii]

Similarly, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) demonstrated that international tribunals are developing a better understanding of the multi-dimensional and intersecting nature of discrimination. The Committee has issued a General Comment, an interpretive statement for the CERD treaty, which provides that "certain forms of racial discrimination may be directed towards women specifically because of their gender, such as sexual violence committed against women members of particular racial or ethnic groups in detention or during armed conflict; the coerced sterilization of indigenous women; abuse of women workers in the informal sector or domestic workers employed abroad by their

---

[cccliix] *Protocol to prevent, suppress, and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime,* G.A. res. 55/25, annex II, 55 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 60, U.N. Doc. A/45/49 (Vol. 1)(2001).

[ccclx] *Supra* note 351.

[ccclxi] *Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44.

[ccclxii] *Supra* note 230.

employers."[cccLxiii] The Committee thus endeavours when examining forms of racial discrimination, to "enhance its efforts to integrate gender perspectives, incorporate gender analysis, and encourage the use of gender-inclusive language"[cccLxiv] in its review of reports submitted by State parties on their compliance with treaty obligations. Other treaty bodies, such as the UN Human Rights Committee, have issued similar General Comments. For instance, commenting on article 3 of the ICCPR (equality of rights between men and women), the UN Human Rights Committee in 2000 stated that: "Inequality in the enjoyment of rights by women throughout the world is deeply embedded in tradition, history and culture, including religious attitudes."[cccLxv] According to the Committee, State parties to the Covenant, who are responsible for ensuring the equal enjoyment of rights without any discrimination, should "ensure that traditional, historical, religious or cultural attitudes are not used to justify violations of women's right to equality before the law and to equal enjoyment of all Covenant rights."[cccLxvi] The Committee outlined various measures that States can undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all civil and political rights set out in the Covenant. It also emphasizes that "Discrimination against women is often intertwined with discrimination on other grounds such as race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."[cccLxvii]

8. *Persons with disabilities*

Under the UN *Charter*[cccLxviii], States have pledged to take action jointly and separately to promote a better quality of life, full employment and conditions for economic and social progress and development. While none of the main international human rights instruments contain specific provisions pertaining to persons with disabilities, the UDHR recognizes that all human beings are born free and equal in dignity and rights. Furthermore, the ICCPR provides that all persons have the right to protection against discrimination and to full and equal enjoyment of their human rights. Therefore, persons with disabilities are clearly entitled to the full range of rights recognized in the Covenant. This was further reaffirmed in the Vienna Declaration and Programme of Action adopted by the World Conference on Human Rights in 1993. It stated that "any direct discrimination or other negative discriminatory treatment of a disabled person is therefore a violation of his or her rights."[cccLxix] International human rights law therefore clearly covers the need to ensure equality for persons with disabilities in all areas, including employment and social services and to eliminate all physical barriers to their full participation.

[cccLxiii] *Gender related dimensions of racial discrimination* : 20/03/2000. CERD General recom. 25. (General Comments), para. 2.

[cccLxiv] *Ibid.* at para. 4.

[cccLxv] *Equality of rights between men and women (article 3)* : . 29/03/2000. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, CCPR General comment 28. (General Comments), para. 5.[referred to as ICCPR].

[cccLxvi] *Ibid.*

[cccLxvii] *Ibid.* at para. 30.

[cccLxviii] *United Nations Charter*, June 26, 1945, 59 Stat. 1031, T.S. 993, 3 Bevans 1153, entered into force 24 October 1945.

[cccLxix] *Vienna Declaration and Programme of Action,* World Conference on Human Rights, Vienna, 14-25 June 1993, U.N. Doc. A/Conf.157/24(Part I) at 20(1993) at para. 63.

The UN Committee on the Economic, Social and Cultural Rights noted that States have the obligation "to take positive action to reduce structural disadvantages and to give appropriate preferential treatment to people with disabilities in order to achieve the objectives of full participation and equality within society for all persons with disabilities."[cccLxx] This includes both the public and private sphere.[cccLxxi] According to the Committee, in order to remedy past and present discrimination, and to deter future discrimination, State parties should adopt comprehensive anti-discrimination legislation in relation to disability. Such legislation should not only provide persons with disabilities with judicial remedies as far as possible and appropriate, but also provide for social-policy programmes which enable persons with disabilities to live an integrated, self-determined and independent life.

Case Law

In *Price* v. *The United Kingdom*,[cccLxxii] the European Court of Human Rights held in 2001 that failure to accommodate disability can amount to cruel and unusual treatment in some circumstances. In this case, a four-limb-deficient thalidomide woman with numerous health problems was imprisoned in a cell with facilities unadapted to meet her specific needs. The Court rule that while there were no evidence in this case of any positive intention to humiliate or debase the applicant, the conditions in which she was detained constituted degrading treatment contrary to Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.[cccLxxiii]

In *PGA Tour Inc* v. *Martin*,[cccLxxiv] the US Supreme Court determined in 2001 that the *Americans with Disabilities Act*[cccLxxv] requires the PGA to allow persons with disabilities the use of golf carts during qualification rounds for the PGA Tour. In this case, the respondent, a person with a disability, was challenging the Tournament "walking rule" which prevented participant to use golf carts. The Court reasoned that the golf course utilized by the Tour were public, thus subject to the *ADA* requirements, and the use of carts by persons with disabilities, who otherwise qualified, does not "fundamentally alter" the nature of the sport nor give the respondent an advantage over others.

8. ***Racism and Racial Discrimination***

The year 2001 was the International Year of Mobilization against racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance. The World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (WCAR) was held in Durban in September 2001 and adopted a Declaration and Programme of Action.

[cccLxx] *Persons with disabilities* : 09/12/94. CESCR General comment 5. (General Comments) at para 9.

[cccLxxi] *Ibid.* at para 11.

[cccLxxii] *Price* v. *The United Kingdom*(10 July 2001), REF00002640, Eur. Ct. H.R.

[cccLxxiii] "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."

[cccLxxiv] *PGA Tour, Inc.* v. *Casey Martin,* 8 U.S.C.S § 1409(U.S.S.C).

[cccLxxv] *Americans with Disabilities Act,* 42 U.S.C. § 12101.

The Canadian Human Rights Tribunal's main focus in this area during the past year was the issue of hate messages. Early in 2002, the Tribunal issued a decision in the case,[cccLxxvi] which concerned Zündel an Internet web site that exposed Jews to hatred. In its ruling, the Tribunal concluded that the site created conditions that allow hatred to flourish and went on to note that "...the benefit continues to outweigh any deleterious effects on [Mr. Zündel's] freedom of expression."[cccLxxvii] The Tribunal ordered the website to be shut down. At the international level, the World Conference Against Racism considered the issue of racist and xenophobic hate propaganda. While recognizing the positive contribution that the exercise of the right to freedom of expression can make to the fight against racism, the World Conference expressed its concern about the use of new information technologies, such as the Internet, for purposes contrary to respect for human values, equality, non-discrimination, respect for others and tolerance.[cccLxxviii] It emphasized that education at all levels and all ages is key to changing attitudes and behaviour and is essential in the promotion, dissemination and protection of the democratic values of justice and equity[cccLxxix] and insisted on the need to provide effective and appropriate protection and remedies to victims of human rights violations resulting from racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance.[cccLxxx]

Case Law

In *Lacko* v. *Slovak Republic*, the UN Human Rights this year committee examined the issue of racial discrimination and the duty of State parties to the Convention on the Elimination of Racial Discrimination to prohibit and eliminate racial discrimination.[cccLxxxi] The petitioner, accompanied by other persons of Romany ethnicity, went to the Railway Station Restaurant located in the main railway station in Kosice, Slovakia, to have a drink. Shortly after entering the restaurant, the applicant and his friends were told by a waitress to leave the restaurant. The waitress explained that she was acting in accordance with an order given by the owner of the restaurant not to serve Roma. The petitioner's initial complaint was dismissed by the General Prosecutor's Office on the ground that an investigation had revealed that Roma women had been served at the restaurant and that the owner had arranged that there would be no further discrimination against any polite customers, Roma included. The petitioner claimed that the failure to remedy the discrimination was due to the absence of any Slovak legislation expressly and effectively outlawing racial discrimination in access to public accommodations[cccLxxxii] and that this absence of any legal norm constituted failure to comply with its obligation under article 3 of the Convention. Since criminal procedures had been undertaken against the restaurant owner for

---

[cccLxxvi] *Supra* note 118.

[cccLxxvii] *Ibid.* at para. 241.

[cccLxxviii] *Ibid.* at para. 90-91.

[cccLxxix] *Ibid.* at para. 95.

[cccLxxx] *Ibid.* at para. 104. It should be noted that the issue of equating Zionism and racism as well as of "just and adequate reparation or satisfaction" for "historical injustices",such as colonialism and slavery, were controversial and led to the Governments of USA and Israel representatives to leave the Conference in protest.

[cccLxxxi] Communication No. 11/1998 : Slovakia. 09/08/2001. CERD/C/59/D/11/1998. (Jurisprudence), (Decision dated 9 August 2001)

[cccLxxxii] *Ibid.* at para. 2.1-3.1.

instigation to national and racial hatred, the Committee found no violation of the *Convention on the Elimination of Racial Discrimination.*[cccl xxxiii] However, acting under article 14, paragraph 7 (b), of the Convention it recommended to the State party that it complete its legislation in order to guarantee the right of access to public places in conformity with article 5 (f) of the Convention and to sanction the refusal of access to such places for reason of racial discrimination. The Committee also recommends to the State party to take the necessary measures to ensure that the procedure for the investigation of violations is not unduly prolonged.[cccl xxxiv]

In *Cyprus* v. *Turkey*, [cccl xxxv] the European Court of Human Rights found that the uniqueness and severity of discrimination or differential treatment based on race can amount to degrading treatment under article 3 of the Convention in some circumstances. With respect to the situation that has existed in Cyprus since the start of Turkey's military operations in northern Cyprus in July 1974, the applicant Government alleged that the Government of Turkey ("the respondent Government") has continued to violate the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention"). In particular, the applicant Government alleged that, as a matter of practice, Greek Cypriots living in the Karpas area of northern Cyprus were subjected to discriminatory treatment amounting to inhuman and degrading treatment. The Court established that the conditions under which that population is condemned to live, which could "only be explained in terms of the features which distinguish them from the Turkish-Cypriot population, namely their ethnic origin, race and religion"[cccl xxxvi] debasing and violate the very notion of respect for the human dignity of its members. In the Court's opinion, there has been a violation of Article 3 of the Convention in that the Greek Cypriots living in the Karpas area of northern Cyprus have been "subjected to discrimination amounting to degrading treatment."[cccl xxxvii]

8. ***Rights of Aboriginal Peoples***

The 1995-2004 period was proclaimed the International Decade of the World's Indigenous People. During this period, there have been significant international advances on aboriginal issues, such as the progress made by the Working Group on Indigenous Populations, such as the achievements of the Working Group on the Draft Declaration in preparing the *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*[cccl xxxviii], such as the establishment of a Permanent Forum on Indigenous Issues, and the appointment of a UN Special Rapporteur on the situation of the human rights and fundamental freedoms of indigenous people. These international efforts have also been mirrored in the Americas where similar efforts are undertaken. The drafting of an *American Declaration on the Rights on Indigenous Peoples,*[cccl xxxix] the study on *Authorities and*

[cccl xxxiii] *International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination*, 660 U.N.T.S. 195, entered into force 4 January 1969.

[cccl xxxiv] *Ibid.* at para. 21.

[cccl xxxv] *Cyprus* v. *Turkey* (10 May 2001), Application no. 25781/94, REF00002519, Eur. Ct. H.R.

[cccl xxxvi] *Ibid.* at para. 309.

[cccl xxxvii] *Ibid.* at para 311.

[cccl xxxviii] *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 (1994).

[cccl xxxix] Approved by the Inter-American Commission on Human Rights on February 26, 1997, at

Precedents in International and Domestic Law for the Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples[cccxc] and a study on *The Human Rights Situation of The Indigenous People in The Americas*[cccxci] are but three examples.

Discussions in all these fora suggest that much remains to be done to address current challenges, such as economic disparity, poverty and the protection of indigenous social, religious and cultural rights. As the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination points out: "in many regions of the world indigenous peoples have been, and are still being, discriminated against and deprived of their human rights and fundamental freedoms and in particular that they have lost their land and resources to colonists, commercial companies and State enterprises. Consequently, the preservation of their culture and their historical identity has been and still is jeopardized."[cccxcii] Indigenous peoples and organizations are increasingly making use of various international and regional complaints procedures available to them.[cccxciii]

Case Law

The year 2001 was an important year for Aboriginal rights under the Inter-American system. The ***Mayagna (Sumo) Awas Tingni Indigenous Community*** of the Atlantic Coast of Nicaragua secured recognition of its rights to its ancestral lands in a case presented by the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) to the Inter-American Court of Human Rights. The Commission asked the Court to establish a legal procedure for the prompt demarcation and official recognition of the property rights of the Awas Tingni Community. In its decision released on August 31, 2001, the Court stated that: "indigenous peoples, by virtue of their very existence, have the right to live freely on their own lands; the close bond of indigenous peoples with their land should be recognized and understood as an essential element of their cultures, spiritual lives, well-being, and economic survival. For indigenous communities the relationship to land is not merely a question of ownership and production but a material and spiritual element they must enjoy fully, among other reasons to preserve their cultural heritage and pass it on to future generations."[cccxciv] The Court found that the members of the Awas Tingni Community are entitled to have the state delimit and issue titles to the Community's lands, and that the State must refrain from actions that would affect lands where members of the Community live and conduct their activities.[cccxcv]

---

its 1333rd session, 95th Regular Session.

[cccxc] OEA/Ser.L/V/II.110 Doc 22, March 1, 2001.

[cccxci] OEA/Ser.L/V/II.108 Doc. 62, 20 October 2000.

[cccxcii] *Indigenous Peoples* : 18/08/97. CERD General recom. 23 . (General Comments), para. 3.

[cccxciii] For example, three complaints were presented against Canada before the UN Human Rights Committee: *Lovelace v. Canada*, Communication 24/1977, CLPR/C/27/D/24/1977, 1981; *Ominayak and Lubicon Lake Tribe v. Canada*, Communication 167/1984, CLPR/C/38/D/167/1984, 1990; *Mikmac Tribale Society v. Canada*, Communication 205/1986, CLPR/C/43/D/205/1986, 1991. Other countries have also been the objects of complaints from indigenous groups before the Human Rights Committee For example *Ivan Kitok v. Sweden*, Communication no. 197/1985: Sweden. 10/08/88. CCPR/C/33/D/197/1985.

[cccxciv] *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community* v. *Nicaragua* (31 August 2001), Inter-Am. Ct. H.R. at para. 149.

[cccxcv] See *Press Release* 23/01 of the court (text of decision not available at time of drafting).

8. *Economic, Social and Cultural Rights (ESCR)*

In the fall of 2001, the Canadian Human Rights Commission, along with its provincial and territorial counterparts, intervened at the Supreme Court of Canada in the *Gosselin*[cccxcvi] case. The case focussed on Quebec regulations respecting social aid, centred including whether they violated equality rights by excluding people between 18 and 30 from their purview and whether they violated the right to security of the person. On this latter issue, it was argued that the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) should serve as a persuasive guide to the interpretation of the *Charter*. This is just one way of ensuring implementation within Canada of our binding international human rights treaty obligations.

Article 2, paragraph 1, of the ICESCR obligates each State party "to take steps ... with a view to achieving progressively the full realization of the [Covenant] rights ... by all appropriate means."[cccxcvii]

[cccxcvi] *Gosselin* v. *Attorney General for Quebec*, SCC no. 27418, appeal heard 29 October 2001.

[cccxcvii] ICESCR, *supra* note 335.

Such means can include the work of national institutions for the promotion and protection of human rights. The UN Committee on ESCR explained: "national institutions have a potentially crucial role to play in promoting and ensuring the indivisibility and interdependence of all human rights. Unfortunately, this role has too often either not been accorded to the institution or has been neglected or given a low priority by it. It is therefore essential that full attention be given to economic, social and cultural rights in all of the relevant activities of these institutions."[cccxcviii] This can include scrutinizing of existing laws, providing technical advice or examining complaints.

The question of the justiciability of economic, social and cultural rights (and the adoption of an Optional Protocol to the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* providing for a system of individual and group complaints) has been under consideration by the international community for many years. This past year, the Office of the UN High Commissioner for Human Rights organised an international workshop on the justiciability of economic, social and cultural rights in an effort to build international support for the proposed optional complaints mechanism under the Covenant.

Case Law

In the case *Government of the Republic of South Africa & Ors* v. *Grootboom & Ors*[cccxcix], the issue of ESCR, right to housing and the Covenant were raised before the South African Constitutional Court. In this case the respondents were evicted from privately owned lands where they had moved after leaving the Wallacedene squatter camp. They raised their right to adequate housing according to section 26(1) and (2) of the South Africa Constitution which calls on the Government "to take reasonable legislative and other measures within its available resources to achieve the progressive realisation" of the right of everyone to adequate housing. The Court held that the right of access to adequate housing has a close relationship with other socio-economic rights, all of which must be read together in the setting of the Constitution as a whole and with regard to their social and historical context. For a person to have access to adequate housing there must be land, services and a dwelling. The State must create the conditions for access to adequate housing for people at all economic levels of society and within different contexts, as the need may vary from place to place and person to person. This decision was reaffirmed in 2001 in the case *Minister of Public Works and others* v. *Kyalami Ridge Environmental Association and others*[cd] where the Constitutional Court, recalling the *Grootboom* case and also analysing Canadian practice and doctrine,[cdi] supported South Africa's Government decision to establish a transit camp on a Government-owned prison farm in the Kyalami area for the accommodation of the victims of the March 2000 Alexandria Township floods.

[cccxcviii] *The role of national human rights institutions in the protection of economic, social and cultural rights* : . 03/12/98. E/C.12/1998/25, CESCR General comment 10. (General Comments), para. 3.

[cccxcix] CCT38/00 (21 September 2000).[hereinafter cited as *Grootbroom*].

[cd] CCT55/00 (29 May 2001).

[cdi] See for example para. 41, *ibid.*

Commission Canadienne des droits de la personne: Rapport juridique

[Title supplied by the cataloguer]

RAPPORT JURIDIQUE 2001

14 MARS 2002

INTRODUCTION 4

RÉSOLUTION DES PLAINTES PAR LE TRIBUNAL 5
- Sexe 5
- Harcèlement sexuel 14
- Déficience 15
- Race/Origine nationale ou ethnique 28
- Age 15
- Diffusion de messages haineux par Internet 28

ORDONNANCES INTERLOCUTOIRES DU TRIBUNAL 40
- Retrait d'une partie avant l'audience 40
- Témoins experts 43
- Dossiers médicaux 45
- Application de la *LCDP* à la Chambre des communes 46
- Compétence concurrente 48
- Incidence du jugement Bell (Section de première instance) 48

QUESTIONS PROCÉDURALES ET INTERLOCUTOIRES 51
- Application de la *LCDP* aux Premières nations 51
- Communication de preuves documentaires 53
- Les décisions Bell Canada 54

CONTRÔLE JUDICIAIRE DES DÉCISIONS DE LA COMMISSION 55
- Formulaire de plainte 55
- Motifs minimums devant soutenir une revendication 56
- Équité procédurale 57
- Omission fondamentale 59
- Communication réciproque des réponses des parties 63
- Nature confidentielle de la conciliation 64
- Erreur de droit 67
- Décisions arbitraires ou déraisonnables 69

CONTRÔLE JUDICIAIRE DES DÉCISIONS DU TRIBUNAL 71
- Impartialité et indépendance du Tribunal 71
- Procédure impartiale selon la *Déclaration des droits* 75
- Suspension de l'instance 76
- Application de la *LCDP* à la Chambre des communes 77
- Nouvelles qualités requises des membres du Tribunal 79
- Questions de fait et de droit 80
- Signification de l'expression *même établissement*, dans les différends concernant l'équité salariale 82
- Mode de calcul du salaire perdu 80

AUTRES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE 86

Prestations de conjoint 86
Accès aux prestations d'assurance-emploi 89
Orientation sexuelle 93
Retraite obligatoire 96
R. c. Latimer 99
L'obésité en tant que déficience 99

DROIT INTERNATIONAL 102

INTRODUCTION

Le présent rapport porte sur un large éventail de questions dont le Tribunal canadien des droits de la personne, la Cour fédérale du Canada, la Cour suprême du Canada et divers tribunaux d'archives et administratifs ont été saisis. Son seul objet est de passer en revue les récentes décisions qui ont été rendues concernant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[i], les répercussions de la *Charte canadienne des droits et libertés*[ii] sur les questions d'égalité, ainsi que les autres lois relatives aux droits de la personne. Le rapport ne constitue aucunement un avis juridique sur les sujets abordés et ne représente pas nécessairement les vues de la Commission.

Dans un premier temps, le rapport examine les décisions rendues par le Tribunal à l'égard des plaintes entendues. Ces affaires sont classées suivant les principaux motifs de discrimination allégués dans chaque cas. L'une d'entre elles concerne l'incidence de la limite de 30 semaines applicable aux prestations spéciales (maladie, maternité et responsabilités parentales) payables en vertu du Régime d'assurance-emploi.[iii] Le Tribunal a invoqué l'absence d'éléments de preuve démontrant la nécessité raisonnable de la limite de 30 semaines pour conclure que celle-ci défavorisait une plaignante qui était tombée malade pendant sa grossesse. Par contre, dans une autre affaire concernant les plaintes de femmes dont la période de chômage involontaire coïncidait avec leur grossesse, le Tribunal a confirmé la validité d'une limite applicable au cumul des prestations ordinaires et des prestations spéciales prévues par le Régime d'assurance-emploi.[iv] L'importance des éléments de preuve (tant directs que circonstanciels) dans l'établissement d'une preuve *prima facie* de discrimination de même que la nécessité pour la défenderesse de justifier par une explication raisonnable sa décision de ne pas embaucher quelqu'un sont examinées en détail dans une autre décision qui repose sur les circonstances particulières de l'affaire considérée plutôt que sur l'incidence discriminatoire des dispositions législatives.

Dans une autre décision[v], le Tribunal s'est intéressé à l'obligation faite aux étudiants ayant une déficience d'inclure certaines subventions dans leur revenu personnel en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.[vi] Il a examiné, du point de vue de l'intérêt public, la question des subventions spéciales accordées aux étudiants ayant une déficience, et a étudié à fond les dispositions prévues à cet égard dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et leurs conséquences réelles sur le plaignant en l'espèce. Le Tribunal a confirmé finalement la validité de la règle fiscale dont

---

[i] *Loi canadienne sur les droits de la personne*, R.S.C. 1985, ch. H-6.[ci-après *LCDP*].

[ii] *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit l'annexe B de la *Loi sur le Canada* (R. U.), 1982, ch. 11[ci-après « Charte »].

[iii]Voir, *McAllister-Windsor infra*, et le texte accompagnant la note 36.

[iv]Voir *Popaleni infra,* et le texte accompagnant la note 41.

[v]Voir *Wignall infra*, et le texte accompagnant la note 58.

[vi] *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5[e] suppl.), ch. 1.

il est question. Trois autres décisions viennent illustrer le principe voulant qu'un employeur prenne des mesures d'adaptation raisonnables pour tenir compte des besoins spéciaux d'un employé handicapé sans qu'il en résulte pour l'employeur une contrainte excessive. La première concerne un employé aux prises avec des problèmes de stress et de dépression[vii]; la deuxième examine les procédures et normes que les Forces armées canadiennes appliquent aux militaires atteints de troubles coronariens[viii]; la troisième porte sur un cas d'absentéisme prolongé attribuable à un accident du travail.[ix] Une autre décision du Tribunal reconnaît l'alcoolisme comme une déficience tout en jugeant[x], suivant les faits de l'espèce, que cette dépendance est sans rapport avec le refus d'embaucher quelqu'un. Dans une autre affaire, le Tribunal a examiné en détail les politiques du Service correctionnel du Canada (SCC) applicables aux transsexuels, particulièrement celles qui leur refusent l'accès à une chirurgie de changement de sexe et qui exigent le placement des détenus transsexuels au stade préopératoire en fonction de leur sexe biologique.[xi] Dans une décision mûrement arrêtée, le Tribunal a fait ressortir les éléments des politiques du SCC qui sont discriminatoires à l'égard du sexe et de la déficience.

Diverses affaires où l'on allègue une discrimination raciale ou fondée sur l'origine ethnique ou nationale donnent un aperçu des questions de preuve se rapportant à l'établissement d'une preuve *prima facie*, des questions entourant la preuve d'une discrimination systémique, du recours aux témoins experts, des représailles et de l'évaluation de la crédibilité des témoins. L'établissement d'une preuve *prima facie* est également le pivot de la décision rendue dans le cas de discrimination fondée sur l'âge qui est examiné dans le présent rapport. Il s'agit d'une autre décision concernant les politiques et procédures des Forces armées (qui ont trait cette fois-ci aux promotions d'un grade à l'autre).[xii]

Une importante décision du Tribunal concernant la transmission de messages haineux par téléphone vient compléter cette section du rapport[xiii]. Cette décision soulève la question essentielle de savoir si les messages transmis de façon répétée par Internet entrent dans le champ d'application du terme « téléphone » utilisé au paragraphe 13(1) de la *LCDP*. À l'appui de sa réponse affirmative à cette question, le Tribunal a examiné en détail des arrêts antérieurs de la Cour suprême qui concernent la propagande haineuse et l'objet fondamental de la législation en matière des droits de la personne. De même, après avoir évalué les restrictions que ferait peser sur la liberté d'expression le fait de sanctionner la communication de messages haineux, le Tribunal a conclu que les limites imposées par le paragraphe 13(1) sont raisonnables et que leur

---

[vii]Voir *Stevenson infra*, et le texte accompagnant la note 65.

[viii]Voir *Irvine infra,* et le texte accompagnant la note 71.

[ix]Voir *Eyerley infra*, et le texte accompagnant la note 88.

[x] Voir *Crouse infra*, et le texte accompagnant la note 78.

[xi]Voir *Kavanagh infra*, et le texte accompagnant la note 80.

[xii]Voir *Morris infra*, et le texte accompagnant la note 116.

[xiii]Voir *Zundel infra*, et le texte accompagnant la note 118.

justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (au sens où l'entend l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

Diverses questions sont passées en revue dans les sections portant sur les ordonnances interlocutoires du Tribunal et les questions procédurales. Les décisions examinées traitent, entre autres, de l'applicabilité de la *Loi sur la preuve au Canada*[xiv] (témoins experts)[xv], des règles régissant l'accès aux dossiers médicaux[xvi], des conséquences du retrait d'une partie avant l'audience[xvii], de l'application de la *LCDP* à la Chambre des communes[xviii], de l'incidence du jugement Bell (concernant l'impartialité et l'indépendance du Tribunal) sur d'autres audiences[xix], de l'application de la *LCDP* aux Premières nations[xx] et de questions relatives à la communication de documents avant l'instruction.[xxi]

Le présent rapport passe également en revue les décisions que la Cour fédérale a rendues à l'égard des obligations et pouvoirs légaux de la Commission. Lorsqu'elle accepte une plainte, mène une enquête et décide de renvoyer ou non une affaire à un Tribunal, la Commission est tenue de respecter les normes de l'équité procédurale appropriées à ses fonctions administratives. Les affaires évoquées dans cette section couvrent les divers aspects de l'équité et de la conduite raisonnable dont la Commission doit faire preuve lorsqu'elle traite des plaintes. Elles donnent une bonne idée des types de problèmes susceptibles d'apparaître et des décisions judiciaires qui sont prises pour les régler.

La Cour fédérale procède également au contrôle judiciaire des décisions du Tribunal des droits de la personne. Cette section du rapport examine, entre autres décisions récentes, l'arrêt Bell, notoirement connu, qui avait mis en doute l'indépendance et l'impartialité du Tribunal.[xxii] La Cour d'appel fédérale a depuis infirmé cette décision de la Cour fédérale (Section de première instance), levant ainsi les difficultés qui avaient retardé l'ensemble du processus de règlement des plaintes.[xxiii] Il y a, parmi les autres affaires examinées, un cas où les nouvelles qualités

---

[xiv] *Loi sur la preuve au Canada,* L.R.C. 1985, c. C-5.

[xv] Voir *GTNO n° 9 infra*, et le texte accompagnant la note 148.

[xvi] Voir *McAvinn n° 3 infra*, et le texte accompagnant la note 155.

[xvii] Voir *Sawyer n° 2 infra*, et le texte accompagnant la note 141.

[xviii] Voir *Vaid n° 1 infra*, et le texte accompagnant la note 158.

[xix] *Infra,* note 165 et le texte accompagnant.

[xx] Voir *Ermineskin infra* et le texte accompagnant la note 173.

[xxi] Voir *Bradley-Sharpe infra*, et le texte accompagnant la note 181.

[xxii] Voir *Bell 2000 infra*, et le texte accompagnant la note 226.

[xxiii] Voir *Décision Bell infra*, et le texte accompagnant la note 227.

requises des membres du Tribunal sont contestées (au motif que cette règle impliquait une partialité[xxiv]), un autre où l'applicabilité de la *LCDP* à la Chambre des communes est mise en question[xxv], ainsi que différents cas concernant la procédure impartiale, des questions de fait et de droit et des demandes de suspension de l'instance. Un arrêt de la Cour fédérale confirmant une décision du Tribunal sur l'interprétation à donner de l'expression « même établissement » revêt une importance particulière pour les questions d'équité salariale.[xxvi] La portée et le sens de ce terme sont essentiels pour déterminer les groupes de référence devant servir à établir des comparaisons entre les travailleurs en vue de l'application de l'article 11 de la *LCDP*.

Le présent rapport examine d'autre part un certain nombre de jugements qui ont été rendus en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans une instance, la cessation des prestations de survivant au remariage (célébré avant l'entrée en vigueur de l'article 15 de la *Charte*) a fait l'objet d'une contestation fondée sur l'état matrimonial.[xxvii] La décision par laquelle la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a rejeté la plainte explique la règle de non-rétrospectivité de la *Charte* pour des événements survenus avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, et examine la véritable nature de la distinction faite entre les défenderesses et d'autres veuves remariées qui ont bénéficié du rétablissement des pensions perdues. Le rapport fait également état de l'arrêt que la Cour suprême du Canada a rendu sur une présumée discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans une université confessionnelle de la Colombie-Britannique.[xxviii] L'affaire concernait le code de conduite auquel tous les étudiants inscrits à cette université étaient tenus d'adhérer et qui condamnait les relations homosexuelles. Le British Columbia College of Teachers invoquait cette pratique pour refuser l'agrément de l'établissement à son programme d'études universitaires. Cette affaire commande l'attention sur la manière dont la Cour suprême dose liberté de religion et droit à l'égalité pour conclure que le British Columbia College of Teachers avait fait une erreur de jugement. Dans cette même province, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été appelée à statuer sur un cas de retraite obligatoire et de discrimination fondée sur l'âge.[xxix] Bien que la Cour suprême du Canada se soit prononcée sur cette question il y a quelques années, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu, dans une décision majoritaire, que l'arrêt de la Cour suprême ne posait pas pour principe que toutes les politiques de retraite obligatoire étaient valides dans la mesure où les lois provinciales sur les droits de la personne permettaient d'établir des distinctions fondées sur l'âge minimum ou maximum. À son avis, le caractère raisonnable de la politique de retraite obligatoire en question devait être évaluée au regard de l'article 1 de la *Charte*, même si les lois sur les droits de la personne de la Colombie-Britannique autorisaient le type de discrimination fondée sur l'âge qui ressortait de cette politique.

[xxiv]Voir *Zundel (CAF) infra*, et le texte accompagnant la note 260.

[xxv]Voir *Chambre des communes infra*, et le texte accompagnant la note 250.

[xxvi]Voir *Lignes aériennes infra*, et le texte accompagnant la note 267 .

[xxvii]Voir *Bauman infra* et le texte accompagnant la note 283.

[xxviii]Voir *TWU infra*, et le texte accompagnant la note 299.

[xxix]Voir *GRVD infra*, et le texte accompagnant la note 312.

Cette section du rapport examine également deux décisions de tribunaux administratifs. La première concerne la décision qu'un juge-arbitre a rendue en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*[xxx] et suivant laquelle l'obligation de travailler un minimum de 700 heures de rémunération assurable pour avoir droit à des prestations régulières ou spéciales avait une incidence discriminatoire sur les femmes.[xxxi] La deuxième porte sur la décision que l'Office des transports du Canada a rendue sur la question de savoir si l'obésité devrait être considérée comme une déficience au sens de la *Loi sur les transports au Canada*.[xxxii] Finalement, bien que les questions considérées ne visent pas directement les droits à l'égalité, nous avons inclus dans le rapport l'arrêt que la Cour suprême du Canada a rendu dans l'affaire *R. c. Latimer*[xxxiii] concernant un homme déclaré coupable d'homicide involontaire sur sa fille qui souffrait d'un grave handicap. Cette décision mérite d'être soulignée pour l'interprétation donnée par la Cour de ce qui constitue une peine cruelle et inusitée au sens de la *Charte* de même que pour le point de vue de la Cour sur la vulnérabilité de la victime handicapée.

Le rapport se termine par un examen de diverses questions d'importance en matière de droit international des droits de la personne. Il y est question de la participation du Canada à l'élaboration et à la mise en œuvre de certains pactes internationaux relatifs aux droits de la personne. On y passe également en revue des cas de jurisprudence sur l'application des conventions internationales relatives aux droits de la personne.

[xxx] *Loi sur l'assurance-emploi*, S.C. 1996, ch. 23.

[xxxi] Voir *Lesiuk infra*, et le texte accompagnant la note 292.

[xxxii] *Loi sur les transports au Canada*, S.C. 1996, ch. 10.

[xxxiii] *R.* c. *Latimer* (le18 janvier 2001), 2001 SCC 1, n° 26980 (S.C.C.).

RÉSOLUTION DES PLAINTES PAR LE TRIBUNAL

Sexe

L'incidence discriminatoire, sur les femmes, des dispositions législatives régissant l'accès à des prestations spéciales aux termes de la *Loi sur l'assurance-chômage*[xxxiv] (aujourd'hui appelée *Loi sur l'assurance-emploi*[xxxv]) a été examinée par le Tribunal dans l'affaire *McAllister-Windsor* c. *DRHC*[xxxvi]. Les prestations spéciales sont possibles pour des périodes restreintes, en cas de grossesse (15 semaines), de maladie (15 semaines) ou de responsabilités parentales (10 semaines à l'époque de cette plainte). Cependant, le nombre de semaines au cours desquelles des prestations spéciales sont payables durant la période de prestations du prestataire est limité à 30 semaines (à l'époque de cette plainte). C'est ce que l'on appelle la règle anticumul.

Dans l'affaire *McAllister-Windsor*, la plaignante souffrait d'un problème médical appelé béance du col de l'utérus et il lui était difficile pour cette raison de mener une grossesse à son terme. Son médecin lui avait conseillé de garder le lit pendant sa grosse afin de garantir le bon déroulement de l'accouchement. Elle cessa donc de travailler et, durant la période précédant la naissance de son enfant, elle bénéficia de 15 semaines de prestations de maladie aux termes du Régime d'assurance-emploi (RAE), et de prestations d'invalidité de longue durée selon un régime offert par son employeur. Après un accouchement réussi, la plaignante bénéficia de 15 semaines de prestations de maternité au titre du RAE. Lorsqu'elle demanda plus tard des prestations parentales, elle fut informée qu'elle avait atteint le maximum de 30 semaines au cours desquelles des prestations spéciales étaient payables (une éventualité dont elle avait été informée lorsqu'elle avait à l'origine demandé des prestations du RAE). Elle fut donc considérée non admissible à des prestations parentales.

Examinant sa plainte de discrimination fondée sur le sexe et la déficience, le Tribunal a passé en revue avec force détails l'historique législatif et l'objet des prestations spéciales. Il a conclu que l'adoption de la formule des prestations spéciales s'écartait des principes d'assurance à la base de l'assurance-emploi en introduisant dans le régime un élément social. Cet élément reflétait l'évolution du marché du travail et prenait en compte les imprévus autres que la perte involontaire d'un travail. Les prestations spéciales n'étaient donc pas assujetties à la règle appliquée aux prestations régulières, règle selon laquelle un prestataire doit être prêt, disposé et apte à travailler. Néanmoins, les prestations spéciales étaient considérées comme limitées dans le temps, au même titre que les prestations régulières, selon le Régime d'assurance-emploi.

Selon la preuve présentée au Tribunal, la durée du versement de prestations de maternité

[xxxiv] *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. 1985, ch. U-I.

[xxxv] Voir *Loi sur l'assurance-emploi*, précité note 30.

[xxxvi] *Helen McAllister-Windsor et Commission canadienne des droits de la personne* c. *Développement des ressources humaines du Canada* (9 mars 2001) D.T. 2/01 (T.C.D.P.)[ci-après *McAllister-Windsor*].

correspondait à la période durant laquelle les femmes auraient besoin en principe d'un soutien du revenu pour cause de grossesse. Toutefois, rares étaient les éléments de preuve produits qui portaient sur la manière dont le plafond des prestations de maladie ou des prestations parentales était établi, ou sur le maximum cumulatif de 30 semaines applicable à une combinaison de prestations spéciales durant la période de prestations d'un prestataire.[xxxvii.f] Le Tribunal a jugé que le maximum cumulatif de 30 semaines visait les femmes exclusivement, en raison du fait qu'elles seules étaient en mesure de présenter une demande se rapportant aux trois types de prestations spéciales. Cette réalité était reflétée dans des statistiques intéressant l'exercice 1998-1999, qui montraient que 2 360 demandes de prestations spéciales furent rejetées en raison de la règle anticumul et que dans tous les cas les plaignants étaient des femmes.

Pour savoir si la règle anticumul entraînait une discrimination contre la plaignante en raison de son sexe ou de sa déficience, le Tribunal a d'abord établi le groupe de référence par rapport auquel sa situation serait évaluée. Il a jugé que le groupe de référence adéquat comprenait toutes les personnes admissibles à des prestations spéciales. À cet égard, il était clair que le texte législatif examiné traitait exactement de la même manière toutes les personnes admissibles à des prestations spéciales : toutes étaient sujettes également au maximum cumulatif de 30 semaines de prestations. Cependant le Tribunal a jugé que « ... bien que le paragraphe 11(5) de la *Loi sur l'assurance-chômage* énonce, à première vue, une règle neutre, il a non seulement un effet disproportionné mais également un effet préjudiciable uniquement sur les femmes enceintes qui, à l'instar de M[me] McAllister-Windsor, ont demandé des prestations de maladie. Même si certaines femmes visées par le paragraphe 11(5) ne sont sans doute pas atteintes d'affections pouvant être qualifiées de déficiences au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, personne ne conteste que ce soit le cas de M[me] McAllister-Windsor »[xxxviii].

Ayant conclu à l'existence d'un commencement de preuve de discrimination, le Tribunal s'est ensuite demandé si la règle anticumul reposait sur un motif justifiable. Il n'a eu aucun mal à conclure que la règle présentait un lien rationnel avec l'objectif fondamental de la disposition sur les prestations spéciales, laquelle visait à assurer un remplacement du revenu à court terme dans les cas de grossesse, de maladie et de responsabilités parentales. Il a aussi décidé que, vu la preuve produite à propos des conséquences budgétaires d'une suppression de la limite aux prestations spéciales, la règle anticumul avait été édictée de bonne foi. Cependant, le Tribunal a adopté une vue différente sur le point de savoir si le coût financier de la suppression de la règle afin de répondre aux besoins des femmes telles que la plaignante constituerait une contrainte excessive. À titre de proposition générale, le Tribunal a accordé qu'il est légitime (pour mesurer la contrainte excessive) « ... d'examiner les effets que des modifications au régime d'assurance-emploi pourraient avoir sur les cotisations et les cotisants, de même que leurs conséquences possibles du point de vue de la viabilité du régime »[xxxix]. Mais cet examen devait se faire dans le

---

[xxxvii]1 Bien que la question ne soit pas directement rattachée aux faits de la plainte, le Tribunal a fait observer que le nombre maximal de semaines de prestations parentales était passé (à compter du 31 décembre 2000) à 35 semaines et que le maximum cumulatif de semaines de prestations passait par le fait même à 50 semaines. *Ibid.* au par. 15.

[xxxviii] *Ibid.* au par. 52.

[xxxix] *Ibid.* au par. 68.

cadre de la preuve présentée au Tribunal. Sur ce point, le Tribunal a jugé que « le surplus qu'affiche le Compte d'assurance-emploi permettrait d'absorber très facilement l'augmentation de coût qu'entraînerait la suppression de la règle anticumul, sans qu'il en résulte des conséquences immédiates pour les cotisants »[xl]. Cela dit, aucun élément de preuve n'a été présenté au Tribunal « ... relativement à l'effet que l'augmentation de coût liée à ces modifications aurait sur les cotisations, pas plus qu'au sujet des conséquences de tout relèvement des cotisations pour les cotisants ou pour l'ensemble du régime »[xli]. En conséquence, le Tribunal a estimé que la preuve ne permettait pas de dire que l'élimination de la règle anticumul pour répondre aux besoins de la plaignante causerait une contrainte excessive.

Ayant conclu à l'existence d'une discrimination, le Tribunal a prononcé un redressement à deux volets. D'abord, il a ordonné à DRHC de cesser d'appliquer la règle anticumul, mais a suspendu l'application de son ordonnance pendant une période de 12 mois pour permettre à DRHC de consulter la Commission sur les mesures susceptibles d'empêcher l'apparition de problèmes semblables dans l'avenir, et pour donner au législateur la possibilité de corriger le problème de la manière qu'il jugerait adéquate. Le Tribunal a aussi accordé à la plaignante des dommages-intérêts de 2 500 $ pour préjudice moral et atteinte à l'amour-propre.

Les prestations totales perçues au titre du régime d'assurance-emploi sont également sujettes à une règle qui ne permet pas le cumul des prestations spéciales et des prestations régulières au-delà du nombre maximum de semaines durant lesquelles des prestations régulières pourraient être perçues. Le possible effet discriminatoire de cette règle a été examiné par le Tribunal dans l'affaire *Popaleni et al. c. DRHC*[xlii]. Cette affaire concernait les plaintes de deux femmes, dont la période de chômage involontaire coïncidait avec une grossesse. Elles affirmaient qu'elles étaient victimes d'une discrimination fondée sur le sexe, ou fondée sur le sexe et la situation de famille, parce que le nombre maximum de leurs semaines de prestations était réduit du nombre de semaines durant lesquelles elles avaient perçu des prestations de maternité et des prestations parentales. Si elles n'avaient pas eu à réclamer de telles prestations, elles auraient pu bénéficier pleinement des prestations régulières.

Le Tribunal a de nouveau reconnu que l'objet principal de la *Loi sur l'assurance-chômage* est d'aider les travailleurs qui perdent involontairement leur travail mais qui sont par ailleurs capables de travailler. Il a également pris note de l'évolution du régime au fil des ans, un régime qui offre aujourd'hui des prestations, sur une base restreinte, aux personnes temporairement incapables de travailler pour cause de maladie, d'accouchement ou de responsabilités parentales.

Évaluant les allégations de discrimination, le Tribunal a conclu que le groupe de référence à retenir comprenait toutes les personnes qui participent au régime d'assurance-emploi.

[xl] *Ibid.* au par. 67.

[xli] *Ibid.* aux par. 67 et 69.

[xlii] *Katherine Popaleni, Pamela Janssen* c. *Développement des ressources humaines Canada* (le 9 mars 2001), D.T. 3/01 (T.C.D.P.) [ci-après *Popaleni*].

L'argument établissant une discrimination a donc été résumé ainsi : « M^me^ Popaleni et M^me^ Janssen ont toutes deux vu le nombre de prestations de maternité et de prestations parentales qu'elles avaient reçues être soustrait du nombre de prestations ordinaires auquel elles avaient droit. Cela incite à croire qu'elles ont peut-être bénéficié, alors qu'elles recevaient des prestations ordinaires, d'un moins grand nombre de semaines pour se chercher un autre emploi que les autres prestataires dans la même région géographique qui n'avaient pas accouché et qui n'avaient pas demandé de prestations spéciales. Il peut sembler à première vue qu'il s'agit là d'une différence de traitement préjudiciable fondée sur le sexe; toutefois, un examen plus approfondi indique que tel n'est pas le cas »[xliii].

Le Tribunal a fait observer qu'un homme qui demandait des prestations de maladie ou des prestations parentales durant une période de prestations au cours de laquelle était faite aussi une demande de prestations régulières subirait les mêmes effets préjudiciables que les deux plaignantes. Cette observation était plus que théorique, car la preuve présentée au Tribunal montrait que 35 p. 100 de tous les prestataires concernés par la règle interdisant le cumul des prestations spéciales et des prestations ordinaires étaient des hommes. De même, l'accusation de discrimination fondée sur la situation de famille, c'est-à-dire la qualité de mère, ne pouvait être admise, étant donné que les pères seraient également touchés par la règle s'ils demandaient à la fois des prestations régulières et des prestations parentales. Le Tribunal a justifié ses conclusions en se référant à un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui avait confirmé la validité d'une autre règle du régime d'assurance-emploi, règle qui limitait à 30 semaines les prestations totales alors que le nombre de semaines d'admissibilité à des prestations régulières était en réalité moindre[xliv]. Se référant à cet arrêt, le Tribunal s'est exprimé ainsi : « Le fait que les hommes ayant subi des blessures alors qu'ils recevaient des prestations ordinaires étaient eux aussi soumis à la limite de 30 semaines, tout comme les pères qui avaient perdu leur emploi et qui bénéficiaient de prestations parentales, attestait du caractère non sexiste de la loi »[xlv].

Même si le Tribunal a rejeté la plainte pour absence d'un commencement de preuve, il s'est quand même demandé si un motif justifiable aurait pu être établi au vu de la preuve produite. Il s'est d'abord demandé si un lien rationnel existait entre la règle interdisant le cumul des prestations spéciales et des prestations régulières et l'objet fondamental des dispositions législatives. Le Tribunal a exprimé l'avis qu'il était insensé de subordonner la réception d'un genre de prestations à un autre genre de prestations lorsque les prestations étaient motivées par des objets différents. Le Tribunal n'a donc pu conclure que DRHC avait établi un lien rationnel entre l'objet de cette règle anticumul particulière et le versement de prestations selon la législation sur l'assurance-emploi. Par ailleurs, aucune preuve n'avait été présentée au Tribunal à propos des conséquences budgétaires d'une suppression de la règle, et il était donc impossible de conclure qu'une telle abolition aurait entraîné une contrainte excessive. Par conséquent, si le Tribunal avait conclu à l'existence d'un commencement de preuve de discrimination (ce qui n'était pas le cas), il aurait conclu que DRHC n'avait pas produit un motif justifiable pour cette

---

[xliii] *Ibid.* au par. 48.

[xliv] *Solbach* c. *Canada* (P.G.) (1999), 252 N.R. 137 (C.A.F.).

[xlv] Précité note 41 au par. 52.

règle anticumul particulière.

Des allégations de discrimination dans l'emploi fondées sur le sexe ont été examinées dans l'affaire *McAvinn* c. *Strait Crossing Bridge Limited*[xlvi]. La société défenderesse était responsable de l'exploitation du pont de la Confédération reliant l'Î.-P.-É. au continent, dont la construction avait entraîné une perte d'emploi pour ceux et celles qui travaillaient auparavant sur les traversiers exploités par les services de traversiers de Marine Atlantique. Les employés des traversiers qui ont perdu leur emploi ont cependant obtenu un droit de premier refus pour les postes associés à l'exploitation du nouveau pont, à condition qu'ils aient les compétences nécessaires ou qu'ils puissent être formés pour les postes ainsi offerts.

La sélection des candidats au poste de patrouilleur de pont comportait deux séries d'entrevues. La plaignante échoua à l'entrevue initiale de sélection, mais la décision sur ce point fut modifiée car elle avait réussi le cours sur le droit et la sécurité. Après la deuxième série d'entrevues, la plaignante fut informée qu'elle n'avait pas été embauchée. Elle réagit très mal à cette décision et finit par penser qu'elle avait été exclue en raison de son sexe, surtout à la lumière des questions qui lui avaient été posées durant la deuxième entrevue. Elle pensa que, parce qu'elle était une femme, on lui avait réservé des questions portant sur la conduite d'un véhicule avec boîte de vitesses manuelle, sur le démarrage d'une voiture par survoltage, sur le travail par roulement et sur le fait d'être seule la nuit, questions qui, affirmait-elle, n'avaient pas été posées aux hommes qui avaient postulé l'emploi en question.

La décision du Tribunal concernant cette plainte requiert un examen détaillé de la preuve, tant celle qui se rapporte à l'établissement d'un commencement de preuve de discrimination que celle qui touche à l'obligation de la défenderesse (après qu'un commencement de preuve a été établi) de produire une justification crédible pour sa décision de ne pas embaucher la plaignante. Pour ce qui est de ce commencement de preuve, le Tribunal a souligné qu'il est parfois difficile de produire des preuves directes d'une discrimination et qu'en conséquence, des preuves circonstancielles peuvent être examinées.

Au vu de la preuve produite, le Tribunal n'a eu aucun mal à conclure que la plaignante était qualifiée pour le poste. La preuve montre clairement que M^me^ McAvinn avait suivi le cours sur le droit et la sécurité, cours qui, de l'avis du Tribunal, était une exigence pour le poste de patrouilleur de pont... Par ailleurs, l'expérience antérieure de M^me^ McAvinn à Marine Atlantique montre clairement qu'elle était « une bonne travailleuse, qu'elle avait l'expérience du public, des marchandises dangereuses, des interventions d'urgence et qu'elle était habituée au travail physique, au travail par quart, ainsi qu'au travail dans un environnement masculin »[xlvii]. Le Tribunal a aussi pris note de ce que la personne ayant la responsabilité ultime de la décision finale concernant la candidature de la plaignante avait indiqué à plusieurs reprises que la plaignante avait été refusée parce que l'on doutait de son aptitude à lire et à écrire. Cette personne a affirmé dans son témoignage que le simple fait qu'elle avait présenté sa candidature

---

[xlvi] *McAvinn (et Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Strait Crossing Bridge Limited* (le15 novembre 2001), D.T. n° 13/01(T.C.D.P.).[ci-après *McAvinn*].

[xlvii] *Ibid.* au par. 172.

sur un formulaire dactylographié avait éveillé des soupçons dans son esprit. Sur ce point, le Tribunal a conclu qu'il n'y avait pas une ombre de preuve.[xlviii] De plus, on n'avait rien fait, entre la première et la deuxième entrevue, pour s'informer de l'aptitude de la plaignante à lire et à écrire.

Ayant conclu que la plaignante était qualifiée pour le poste, mais qu'elle avait été refusée, le Tribunal a examiné le facteur restant qui était nécessaire pour établir un commencement de preuve de discrimination, en cherchant à savoir si des candidats de sexe masculin n'ayant pas de meilleurs titres de compétence avaient été embauchés. Sur ce point, le Tribunal a conclu que même si M[me] McAvinn possédait toutes les qualifications requises, on lui aurait préféré des hommes qui n'avaient pas les qualifications de base. Ces observations, combinées aux autres éléments de preuve, permettaient de conclure, de l'avis du Tribunal, que le sexe était un facteur [TRADUCTION] « ... dans le processus de sélection pour le poste de patrouilleur de pont et qu'une certaine masculinité faisait partie du profil requis pour ce poste »[xlix].

Un commencement de preuve ayant été établi, le Tribunal n'a pu trouver, dans la preuve produite, le moindre élément crédible pouvant raisonnablement justifier la décision de ne pas offrir à la plaignante un emploi de patrouilleur de pont. Le Tribunal a donc jugé que la plainte de discrimination fondée sur le sexe avait été prouvée.

S'agissant de la réparation, le Tribunal a appliqué le principe selon lequel un plaignant devrait être rétabli dans la position où il aurait été si la discrimination n'avait pas eu lieu, sous réserve de l'obligation pour lui d'atténuer son préjudice et sous réserve des considérations de cause immédiate. Après avoir examiné avec soin l'ensemble de la preuve, le Tribunal a conclu qu'une réparation pour perte de salaire était justifiée dans cette affaire, réparation qui serait calculée à partir de la date où la plaignante avait cessé de travailler pour Marine Atlantique et sur une période de 10 ans. La période durant laquelle elle recevrait réparation pour perte de salaire était subordonnée à l'ordonnance additionnelle du Tribunal qui enjoignait la société défenderesse d'engager la plaignante comme patrouilleur de pont dès que cela serait raisonnablement possible. La période de réparation de 10 ans pour perte de salaire serait alors réduite en conséquence.

La santé de la plaignante, qui souffrait d'anxiété et de dépression, avec les complications médicales correspondantes, fut également considérée au regard de la réparation accordée. Ses problèmes de santé étaient antérieurs aux événements ayant conduit à la plainte de discrimination, mais le Tribunal a jugé que son état avait été aggravé par la conduite de la société défenderesse. Elle a donc obtenu 2 000 $ pour souffrances corporelles. De plus, la réparation pour perte de salaire ne pouvait être réduite par suite de son éventuelle incapacité de remplir les fonctions de patrouilleur de pont pour le cas où la société défenderesse lui offrirait un poste. En d'autres termes, les problèmes de santé de la plaignante ne pouvaient être invoqués par la société défenderesse pour se soustraire à l'obligation de compenser la perte de salaire pendant la période de 10 ans établie par le Tribunal.

[xlviii] *Ibid.* au par. 128.

[xlix] *Ibid.* au par. 169.

L'exécution d'une décision par laquelle le Tribunal a conclu à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe a donné lieu à des procédures judiciaires prolongées dans l'affaire *Goyette c. Syndicat des employé(es) de terminus de Voyageur Colonial Limitée*[l]. La décision quant au fond de la plainte a été rendue le 14 octobre 1997[li], bien que le Tribunal se fût réservé de résoudre tout désaccord entre les parties sur la somme exacte à accorder pour perte de salaire et d'avantages sociaux[lii]. Un désaccord ayant surgi entre les parties, la plaignante demanda au Tribunal en mars 2000 de tenir une nouvelle audience aux fins d'établir la somme due. En mai 2000, le syndicat défendeur déclara faillite et ses actifs furent mis sous tutelle conformément à la loi applicable. Vu que le syndicat était affilié à un autre syndicat, la CSN, la plaignante informa le Tribunal qu'elle entendait soulever la question de la responsabilité de la CSN concernant l'exécution de l'ordonnance rendue par le Tribunal contre le syndicat défendeur. La CSN s'opposa à la réouverture de l'affaire pour que soient examinées de nouvelles questions de fond, affirmant que, en dehors de la question du quantum des dommages-intérêts établis contre le syndicat défendeur, le Tribunal était dépouillé de sa fonction et donc dépourvu de compétence.

À l'audience convoquée en vue d'établir les dommages-intérêts pour perte de salaire et d'avantages sociaux, le Tribunal examina d'abord s'il était compétent pour déterminer la responsabilité de la CSN. Il a estimé que la responsabilité possible de la CSN était une question de fond qui ne pouvait se réduire à un simple point de procédure. Il a aussi jugé que le Tribunal qui avait présidé l'audience initiale n'avait fait aucune omission et avait examiné tous les points avancés à l'époque. La question de la responsabilité de la CSN au regard des actes de son syndicat affilié était devenue importante ultérieurement, mais cet élément ne pouvait à lui seul justifier la réouverture d'une affaire déjà liquidée pour laquelle un jugement final avait été rendu, hormis le quantum des dommages-intérêts à attribuer pour perte de salaire et d'avantages sociaux[liii]. Le Tribunal s'est ensuite appliqué à déterminer les sommes exactes dues à la plaignante pour perte de salaire et d'avantages sociaux, mais son ordonnance en la matière ne s'appliquait qu'au syndicat défendeur qui avait été partie à l'audience initiale relative aux allégations de discrimination.

---

[l] *Goyette* c. *Syndicat des employé(es) de terminus de Voyageur Colonial Limitée (CSN)* (le16 novembre 2001), D.T. n° 14/01 (T.C.D.P.).

[li] *Goyette et Tourville* c. *Voyageur Colonial Ltée* (1997), 30 C.H.R.R. D/175(T.C.D.P.).

[lii] La décision écrite du Tribunal contenait la réserve suivante : « S'il y a un problème pour effectuer les calculs et que les parties ne peuvent s'entendre au sujet des modalités pour déterminer les montants, le Tribunal pourra se réunir à la demande de l'une ou l'autre des parties pour entendre la preuve à cet effet et résoudre le différent [sic] ». *Ibid.* au par. 4.

[liii] Le raisonnement du Tribunal était le suivant : « Même si cette question est devenue une préoccupation de la plaignante, suite à des faits nouveaux survenus après la décision, soit la faillite du syndicat affilié, le Syndicat des employé-e-s de terminus Voyageur Colonial Limitée (CSN), le Tribunal ne peut prolonger et étendre sa juridiction indéfiniment. Dans ce dossier, les règles de justice naturelle ont été respectées et le Tribunal ne peut tenir des audiences en vue de déterminer la nature juridique de la personne liée indirectement à la plainte puisqu'il a déjà exercé sa juridiction ». Précité note 49 au par. 45.

Harcèlement sexuel

Une plainte de harcèlement sexuel déposée par une employée a récemment été instruite malgré la non-comparution du défendeur[liv]. Cette plainte concernait la conduite du défendeur, qui était le superviseur de la plaignante, lors d'un présumé voyage d'affaires à Winnipeg, au cours duquel il devint évident que le défendeur recherchait un contact sexuel avec la plaignante. Le voyage avait été un prétexte. La plaignante a allégué la violation de l'art. 7 de la *LCDP*, selon lequel constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait de défavoriser un individu en cours d'emploi, et la violation de l'art. 14, selon lequel constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait de harceler un individu en matière d'emploi (le harcèlement sexuel étant réputé être un harcèlement fondé sur un motif de distinction illicite).

Après examen de la preuve, le Tribunal a appliqué le critère usuel de l'établissement d'un commencement de preuve de discrimination, en se demandant si la preuve produite suffisait à justifier, selon la prépondérance des probabilités, une décision favorable à la plaignante en l'absence d'une réponse du défendeur. Il s'est également référé au précédent faisant autorité en matière de harcèlement sexuel en milieu de travail, un précédent qui définissait cette notion comme « une conduite de nature sexuelle non sollicitée qui a un effet défavorable sur le milieu de travail ou qui a des conséquences préjudiciables en matière d'emploi pour les victimes de harcèlement »[lv]. Le Tribunal a quant à lui défini le harcèlement sexuel comme « une pratique dégradante en milieu de travail qui inflige un grave affront à la dignité des employés qui la subissent »[lvi] et comme « une atteinte à la dignité de la personne et à son respect de soi, à la fois comme employé et comme être humain »[lvii]. Au vu de la preuve produite, le Tribunal n'a pas hésité à dire que le comportement du défendeur avait instauré un environnement de travail négatif sur le plan psychologique et affectif et donc entrait tout à fait dans l'interdiction énoncée aux art. 7 et 14. Un commencement de preuve ayant été établi, il revenait au défendeur de produire une réponse. Comme on l'a fit, il n'avait pas comparu à l'audience et la décision rendue l'a condamné.

S'agissant de la réparation, le Tribunal ordonna au défendeur de présenter par écrit des excuses à la plaignante, de lui verser l'indemnité maximale pour préjudice moral et perte de respect de soi (5 000 $), ainsi qu'une somme d'argent pour perte de salaire (480 $) parce que la plaignante

---

[liv] *Colleen Daniels* c. *Stan Myron* (le16 juillet 2001), D.T. 8/01 (T.C.D.P.). Le défendeur avait accusé par écrit réception d'une lettre envoyée le 10 avril 2001 concernant les dates d'audience, et réception d'un avis d'audience en date du 24 avril 2001. Il avait aussi accusé réception par téléphone d'une correspondance qui fixait la date d'audience au 28 mai de la même année.

[lv] *Ibid.*, au par. 30. Le précédent en question était l'arrêt *Janzen* c. *Platy Entreprises*, [1989] 1 R.C.S. 1252.

[lvi] Précité note 53 au par. 31.

[lvii] *Ibid.*

avait dû effectuer des recherches et se préparer pour l'audience.

Déficience

L'incidence prétendument discriminatoire de dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[lviii] qui exigent l'inclusion dans le revenu imposable d'une bourse d'études liée à une déficience a été examinée dans l'affaire *Wignall* c. *Ministre du Revenu national*[lix]. Le plaignant était un étudiant universitaire à temps partiel dont la surdité l'obligeait à avoir en classe des interprètes du langage par signes. L'université lui avait fourni au départ de tels interprètes, mais elle lui avait aussi demandé de trouver d'autres sources de financement susceptibles d'amortir les frais ainsi engagés. Il a donc demandé et reçu 3 000 $ du gouvernement du Canada à titre de Subvention pour initiatives spéciales pour les étudiants ayant une déficience permanente. Il remit donc cette somme à l'université afin d'amortir les frais de l'interprétation en langage par signes. Un feuillet supplémentaire T4A fut par la suite délivré au plaignant, pour l'informer que la subvention devait être incluse dans son revenu pour l'année d'imposition au cours de laquelle il l'avait reçue. Comme la subvention était affectée exclusivement au paiement des frais extraordinaires résultant de la déficience du plaignant, celui-ci considéra que l'inclusion de la subvention dans sa déclaration de revenus était injuste et discriminatoire.

Analysant la plainte, le Tribunal s'est référé abondamment à l'interprétation donnée pour les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Le Tribunal a été guidé dans son analyse par trois grandes pistes définies par la Cour suprême du Canada dans *Law* c. *Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*[lx]. D'abord, peut-on dire que la loi contestée établit une distinction formelle entre le revendicateur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou qu'elle ne tient pas compte de la situation défavorisée dans laquelle le revendicateur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence réelle de traitement ? Deuxièmement, le revendicateur fait-il l'objet d'une différence de traitement au titre d'un motif de distinction illicite ? Finalement, la différence de traitement impose-t-elle un fardeau au revendicateur ou le prive-t-elle d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération ?[lxi] S'agissant plus précisément des personnes handicapées, le Tribunal a pris note de la jurisprudence qui reconnaissait les difficultés rencontrées de longue date par ce groupe, qu'il s'agisse de désavantages, d'isolement ou d'une faible participation au sein de la société en général.

[lviii] *Loi de l'impôt sur le revenu*, R.S.C. 1985 (5^{e} suppl.), ch.1.

[lix] *Wignall* c. *Ministère du Revenu national* (le 8 juin 2001), D.T. 5/01 (T.C.D.P.) [ci-après *Wignall*].

[lx] *Law* c. *Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)* [1999] 1 R.C.S., 497.

[lxi] Précité note 58 au par. 32.

L'obtention d'une subvention pour initiatives spéciales dépendait à la fois des ressources personnelles d'un demandeur et des crédits limités affectés au programme par le gouvernement. Il n'a pas été contesté que, dans le cas du plaignant, l'inclusion dans son revenu de la subvention pour initiatives spéciales n'avait entraîné aucun impôt additionnel sur le revenu. En fait, la totalité de l'impôt sur le revenu retenu à la source pour l'année en question avait été retournée au plaignant à titre de dégrèvement fiscal. La seule répercussion discernable était une légère diminution (25 $) du montant d'un crédit d'impôt provincial auquel le plaignant avait droit.

Pour évaluer la présumée discrimination, le Tribunal a accepté le groupe de référence choisi par le plaignant, c.-à-d. tous les autres étudiants qui reçoivent des subventions et des bourses. Les exigences de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives à l'inclusion dans le revenu de toutes les sommes reçues à titre de subventions ou de bourses s'appliquaient sans exception à tous les étudiants bénéficiaires. Le Tribunal n'a donc pu conclure que la loi ou politique applicable établissait une distinction formelle entre le plaignant et les autres au titre d'une caractéristique personnelle. Se demandant ensuite s'il y avait eu véritablement différence de traitement au titre d'une caractéristique personnelle, le Tribunal a jugé que la subvention avait été octroyée non seulement sur la base de la déficience du plaignant, « ... mais également parce qu'il a satisfait au critère de l'examen des moyens d'existence qui régit le Programme de prêts-étudiants du gouvernement du Manitoba, et parce qu'il a accepté d'utiliser les fonds pour acheter des services destinés à lui permettre de composer avec sa déficience dans la salle de classe »[lxii].

Cependant, la politique consistant à traiter la subvention versée au plaignant comme toute autre bourse d'études ignore-t-elle la situation défavorisée dans laquelle le plaignant se trouve déjà au sein de la société ? Sur ce point, le Tribunal a reconnu que, en instituant la subvention pour initiatives spéciales, le gouvernement reconnaissait « ... que les étudiants ayant une déficience avaient besoin d'une aide financière spéciale pour avoir accès à l'enseignement postsecondaire »[lxiii]. Néanmoins, le refus de soustraire la subvention à l'inclusion dans le revenu aux fins de l'impôt n'équivalait pas à un refus de reconnaître la situation défavorisée dans laquelle se trouvait déjà le plaignant. Le Tribunal a souligné simultanément que d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoyaient une aide supplémentaire aux Canadiens handicapés, par exemple le crédit d'impôt pour déficience et frais médicaux. Le Tribunal a aussi conclu que « bien que notre régime fiscal soit le reflet de notre politique sociale, il appartient aux législateurs de déterminer le montant de l'aide financière à accorder aux personnes ayant une déficience dans le cadre de ce genre de programmes. Cette aide ne devrait pas être subordonnée à l'établissement d'une exemption fiscale par suite de l'application indirecte d'une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* portant sur les actes discriminatoires... Les personnes dont la situation financière est meilleure peuvent se retrouver dans la position d'avoir à rembourser une partie de la subvention par le biais de la fiscalité. Toutefois, étant donné que le critère de l'examen des moyens financiers fait partie des critères à satisfaire pour obtenir la subvention en question, les conséquences de son imposition

---

[lxii] *Ibid.* au par. 46.

[lxiii] *Ibid.* au par. 47.

seront toujours minimes »[lxiv].

Bien que ce ne fût pas strictement nécessaire pour sa décision, le Tribunal a ensuite examiné la troisième grande question qui se pose dans les cas de présumée discrimination. Il a conclu que l'inclusion de la subvention dans le revenu aux fins de la fiscalité n'équivalait pas à nier au plaignant un avantage d'une manière qui traduisait une attitude stéréotypée à l'endroit des personnes handicapées et qui perpétuait l'opinion selon laquelle elles sont moins capables ou sont moins dignes d'être reconnues comme personnes méritant le même intérêt, le même respect et la même considération. Il a conclu que « l'inclusion de la subvention dans le revenu est compatible avec les droits et obligations de tous et chacun de payer une juste part d'impôt. Le fardeau imposé à M. Wignall en l'occurrence était minime. Ce n'était pas un affront à sa dignité d'être humain que de vérifier son admissibilité à la subvention en fonction du critère du revenu total de toutes autres provenances »[lxv].

Deux points sont au cœur de la décision rendue par le Tribunal dans l'affaire *Stevenson* c. *Service canadien du renseignement de sécurité* : le peu de cas fait des besoins d'un employé qui souffrait d'anxiété et de dépression, et la promptitude à le déclarer médicalement inapte à s'acquitter de ses fonctions.[lxvi] Le plaignant avait travaillé pour le Service de sécurité de la GRC et le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) pendant 26 ans, et il avait atteint le poste de chef de la sécurité interne pour la région de la Colombie-Britannique. Alors qu'il occupait ce poste, le plaignant fut suspecté d'avoir divulgué des renseignements sensibles, mais il fut par la suite exonéré de tout manquement après avoir subi volontairement l'épreuve du détecteur de mensonges. Cette expérience le marqua profondément et accentua son anxiété et sa dépression, un état encore aggravé par une éventuelle mutation latérale qui le conduisit de la sécurité interne aux ressources humaines, mutation qu'il ressentit comme une sanction liée aux accusations initiales portées contre lui. Quelque temps plus tard, il fut informé par son directeur général qu'il était transféré de Vancouver à Ottawa. Cette dernière décision fut prise sans aucune consultation ou discussion préalable avec le plaignant. L'idée d'être transféré à Ottawa accentua encore son niveau de tension, en particulier au sein de sa famille. Sa dépression atteignit alors de nouvelles profondeurs.

Le plaignant prit plusieurs mesures pour retarder son transfert, mais toutes ses démarches furent vaines, hormis un changement que lui consentit son nouveau surveillant pour la date à laquelle il devait rallier son poste à Ottawa. Un mois avant de prendre ses nouvelles fonctions, le plaignant obtint de son médecin de famille un certificat médical qui indiquait qu'il lui faudrait s'absenter du travail pendant une période de trois mois, au cours de laquelle auraient lieu d'autres évaluations et traitements. S'ensuivit une série d'événements au cours desquels un médecin choisi par la direction du SCRS procéda à une évaluation médicale en règle. Le rapport initial préparé par ce médecin décrivait l'angoisse et la dépression dont souffrait le plaignant et

---

[lxiv] *Ibid.* au par. 48.

[lxv] *Ibid.* au par. 51.

[lxvi] *Stevenson (et Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Service canadien du renseignement de sécurité* (5 décembre 2001), D.T. n° 16/01(T.C.D.P.).[ci-après *Stevenson*].

mentionnait que la tension additionnelle provoquée par son transfert à Ottawa compliquerait son rétablissement. Elle exprima l'avis qu'après plusieurs mois de thérapie, le plaignant serait probablement en mesure de réintégrer son lieu de travail à Vancouver. Selon elle, il reprendrait au fil du temps suffisamment confiance en lui pour pouvoir entreprendre un transfert à Ottawa, encore qu'il faudrait avant cela effectuer un nouvel examen (dans un délai d'environ six mois). Malgré cette évaluation, la direction du SCRS resta décidée à faire procéder au transfert du plaignant à Ottawa. Puis elle exprima l'avis que, puisque le plaignant était alors « inapte » à remplir ses fonctions, il devrait être renvoyé du Service. Il fut donc officiellement renvoyé pour raisons médicales, environ six mois après avoir obtenu de son médecin de famille le certificat médical qui prescrivait un congé temporaire pour cause de maladie.

Au vu de l'ensemble de la preuve, le Tribunal arriva rapidement à la conclusion qu'un commencement de preuve de discrimination fondée sur la déficience mentale avait été établi. Il fit observer que, dans les jours qui suivirent la demande de congé du plaignant pour cause de stress, [TRADUCTION] « ... sa hiérarchie avait déjà entrepris de trouver le moyen de mettre fin à son emploi ». Le Tribunal a aussi jugé que les propres politiques écrites de l'employeur concernant l'examen médical d'un employé avaient été ignorées ou mal appliquées. Ces politiques prévoyaient qu'un employé devait être jugé « apte », « inapte » ou « apte avec restrictions »[lxvii]. Dans le cas du plaignant, l'opinion du médecin choisi par l'employeur selon laquelle il devrait pouvoir rester à Vancouver pour raisons médicales afin de faciliter son rétablissement avait simplement été ignorée. Le SCRS n'avait donc pas songé que le plaignant pouvait entrer dans la catégorie « apte avec restrictions » prévue dans ses propres politiques[lxviii].

Ayant conclu à l'existence d'un commencement de preuve, le Tribunal s'est ensuite demandé s'il existait une exigence professionnelle justifiée qui pouvait valider les politiques du SCRS en matière de santé. Il a d'abord observé que ces politiques étaient vagues et imprécises à propos de la norme qui devrait être appliquée à un employé dont la capacité d'exercer ses fonctions a été mise en doute. Le Tribunal a accordé qu'un certain niveau de santé mentale et physique était manifestement nécessaire. Il a accordé aussi que la norme à laquelle était soumis le plaignant exigeait de lui qu'il soit mobile. Il a résumé ainsi les principaux éléments de la norme dans l'affaire considérée : 1) capacité d'exécution des tâches assignées, 2) pronostic de rétablissement, et 3) exigence de mobilité.[lxix]

[lxvii] *Ibid.* au par. 60.

[lxviii] Le Tribunal s'est exprimé ainsi : [TRADUCTION] « Il aurait alors fallu se demander s'il convenait d'accorder à M. Stevenson un congé additionnel de six mois pour raisons de santé, soit à compter du 10 décembre 1997, avant qu'il reprenne son poste auprès du Service. M[me] Dodd et M. Outhwaite sont plutôt arrivés à la conclusion le 7 janvier 1998 que M. Stevenson était totalement inapte à reprendre ses activités normales et à occuper un poste à l'administration centrale et qu'il devrait donc être renvoyé pour raisons médicales. Vu la manière dont l'examen médical a été effectué, puis interprété, il semble y avoir eu un parti pris contre M. Stevenson parce qu'il est atteint d'une maladie mentale. Le pronostic d'un rétablissement complet dans un délai raisonnable est ignoré ». *Ibid.* aux par. 63-64.

[lxix] *Ibid.* au par. 70.

Le Tribunal n'a eu aucun mal à conclure que, vu la preuve produite, les deux premiers volets du critère énoncé dans l'affaire *Meiorin*[lxx] étaient remplis, c'est-à-dire que la norme a été adoptée pour un objet qui présente un lien rationnel avec l'accomplissement des tâches; et que la norme a été adoptée de bonne foi. S'interrogeant ensuite sur le point de savoir si des moyens raisonnables avaient été pris pour tenir compte des besoins du plaignant, sans qu'il en résulte une contrainte excessive, le Tribunal a rappelé que la direction du SCRS était demeurée inflexible sur la date du transfert du plaignant à Ottawa, bien qu'elle eût connaissance du grave état d'anxiété du plaignant et de la psychothérapie qu'il avait entreprise. Le Tribunal a jugé qu'il était [TRADUCTION] « ... difficile de comprendre pourquoi sa hiérarchie refusait de faire exception à l'exigence de mobilité pour un employé qui pouvait à l'époque justifier de 26 ans d'excellents services auprès du Service de sécurité de la GRC et du SCRS. Le report du transfert de juin à septembre et l'offre d'une aide temporaire pour double lieu de résidence ne sauraient constituer une prise en compte suffisante de la déficience de M. Stevenson. L'explication selon laquelle lui et sa famille avaient accès à des ressources médicales à Ottawa était au mieux gratuite. Il ne s'agissait là nullement d'une offre de prise en compte de l'état du plaignant »[lxxi].

Le Tribunal s'est aussi déclaré très préoccupé par l'évidente absence de bonne foi dans la manière dont le transfert du plaignant avait été décidé, et dans la manière dont l'examen médical avait ensuite été effectué. Le Tribunal a aussi critiqué l'absence de clarté des politiques du SCRS relatives aux congés de maladie, en faisant valoir que cela suffisait à mettre en doute la pertinence des normes appliquées à la question de la santé des employés. Il a donc jugé que les politiques elles-mêmes du SCRS ne réglaient pas adéquatement la question de la prise en compte des déficiences liées à la santé.

Le Tribunal a ordonné, comme réparation, le versement des sommes suivantes : la rémunération perdue, de telle sorte que les états de service du plaignant atteignent 30 ans plus un jour (avec versements de sommes adéquates pour avantages sociaux et d'un montant brut destiné à compenser les conséquences fiscales d'un paiement forfaitaire), les frais juridiques au montant de 2 000 $ pour conseils obtenus avant le dépôt de la plainte auprès de la Commission, le maximum de 5 000 $ pour préjudice moral (le maximum modifié de 20 000 $ n'étant pas applicable à son cas), ainsi que le maximum de 5 000 $ pour le caractère volontaire et téméraire du comportement discriminatoire (le maximum modifié de 20 000 $ n'étant pas lui non plus applicable). Le Tribunal a aussi indiqué que, si les paiements maximums modifiés avaient été applicables aux deux derniers chefs de réparation, une indemnité beaucoup plus élevée aurait été ordonnée dans les deux cas.

Le renvoi d'un employé pour raisons médicales a de nouveau été examiné dans l'affaire *Irvine c. Forces armées canadiennes*[lxxii]. Il s'agissait d'un militaire des Forces armées canadiennes (FAC),

---

[lxx] *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* c. *B.C.G.S.E.U.* [1999] 3 S.C.R. 3.[ci-après *Meiorin*].

[lxxi] *Ibid.*, au par. 82.

[lxxii] *Irvine (et Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Forces armées canadiennes* (le 23 novembre 2001), D. T. n° 15/01(T.C.D.P.) [ci-après *Irvine*].

qui avait 29 ans d'états de service et qui avait eu une crise cardiaque en mars 1994. À la suite de cet événement, il subit un pontage et retourna au travail (il était technicien en aéronautique) après une brève période de réadaptation. Alors qu'il avait repris ses fonctions, il fut examiné par les médecins des FAC. Le suivi médical consista en examens physiques, en conseils sur le contrôle des facteurs de risque et en ordonnances destinées à réduire le taux de cholestérol. Malgré l'excellence qu'il montrait dans son poste de technicien en aéronautique, il fut renvoyé des FAC en juillet 1995 au motif qu'il n'était pas au plan médical apte à servir. Il déposa par la suite une plainte auprès de la Commission, affirmant qu'il avait été discriminé en raison de sa déficience.

Le Tribunal a examiné en détail les diverses procédures administratives et les diverses politiques sanitaires des FAC qui s'appliquaient au plaignant. D'abord, les FAC utilisent un système de catégories médicales fondé sur des facteurs géographiques et professionnels, dont l'objet est de définir les exigences minimales imposées pour satisfaire au principe de l'universalité du service. Ce principe établit que tous les membres des FAC sont tenus de pouvoir remplir leurs fonctions, y compris d'agir à titre de soldats, quelle que soit leur profession. Les facteurs géographiques et professionnels sont classés numériquement selon un ordre croissant de grandeur. Plus le chiffre est élevé, plus important est le niveau de la limite à la capacité d'un membre de remplir ses fonctions en tant que membre des FAC. Dans le cas du plaignant, la classification minimale pour un emploi de plein exercice était G3O3. Après son pontage, il ne fut jamais capable de dépasser la catégorie G4O3. La classification G4 signifiait qu'il était empêché de « servir en mer ou dans un endroit isolé dépourvu d'un personnel médical »[lxxiii] et donc qu'il ne pouvait satisfaire au principe de l'universalité du service.

Le processus par lequel on était arrivé à cette classification du plaignant faisait intervenir une commission médicale spécialisée composée de médecins dont la tâche consistait à examiner le dossier médical d'un membre atteint de troubles coronariens. Le comité des troubles coronariens fait des recommandations sur la catégorie médicale à attribuer. Les normes qu'il applique figurent aujourd'hui pour la plupart dans des Lignes directrices de septembre 1995, qui donnent une description détaillée des catégories professionnelles et des facteurs à prendre en compte au moment d'établir les restrictions sanitaires à la capacité d'un membre de s'acquitter de ses fonctions en tant que membre des FAC. Les Lignes directrices de 1995 remplacent celles de 1979 et permettent des évaluations plus individualisées, par opposition aux catégories indûment rigides reflétées dans les politiques alors en vigueur. Ainsi, les politiques de 1979 avaient attribué automatiquement une catégorie médicale de G4O4 à tout membre atteint de troubles coronariens.
Le Tribunal a aussi fait observer que les politiques générales des FAC en matière de santé physique correspondent aux politiques et procédures plus spécifiques des catégories médicales. En pratique, les FAC appliquent un critère de prescription d'exercice appelé EXPRES et obligent ses membres à se classer au-dessus du vingtième rang centile par rapport au classement civil moyen des Canadiens. Le vingtième rang centile signifie que 80 p. 100 de la population civile auraient obtenu de meilleurs résultats. Le Tribunal a aussi reconnu que, « en principe », les FAC utilisaient aussi des normes plus rigoureuses pour la capacité des membres d'exécuter des tâches militaires générales, encore que la preuve ne permît pas d'établir comment ces normes étaient appliquées en réalité. Il a fait remarquer que ces normes avaient été abolies à la suite d'un

---

[lxxiii] *Ibid.* au par. 13.

examen des politiques effectué en 1999, et il a ajouté : [TRADUCTION] « L'examen a permis de constater une grave faiblesse des fonctions militaires générales comme moyen de mesurer les capacités individuelles : nombre des tâches considérées étaient vaguement formulées et ne précisaient pas les paramètres (quand, où, comment) en vertu desquels les fonctions universelles devaient être accomplies, ni, le cas échéant, le niveau individuel de capacité ou la norme de rendement applicable »[lxxiv].

Le Tribunal n'a eu guère de difficulté à conclure qu'un commencement de preuve de discrimination avait été établi, tant pour la décision de renvoyer le plaignant en raison de sa déficience que pour les procédures et normes des FAC qui traitaient les membres bons pour le service différemment des membres atteints de troubles coronariens en ce qui concernait l'aptitude à accomplir des tâches militaires. Les membres bons pour le service pouvaient prouver leur forme physique en subissant le test EXPRES, tandis que le plaignant n'avait pas cette possibilité. Le Tribunal s'est ensuite demandé si les FAC avaient prouvé que les normes et politiques en questions constituaient une exigence professionnelle justifiée.

Le Tribunal a jugé que les normes et politiques appliquées par les FAC au plaignant présentaient un lien rationnel avec l'objectif de s'assurer qu'un membre était en mesure d'exécuter d'une manière sûre et efficace les tâches de son poste et les tâches militaires générales et qu'elles avaient été adoptées de bonne foi. Cependant, il fallait aussi prouver que ces normes et politiques étaient raisonnablement nécessaires pour accomplir leur objet et qu'on avait pris des mesures pour tenir compte des besoins spéciaux du plaignant sans qu'il en résulte une contrainte excessive. Ici le Tribunal a estimé que les politiques antérieures à 1995 étaient indûment rigides lorsqu'elles attribuaient une catégorie G4 aux membres souffrant de troubles coronariens, et qu'elles ne permettaient pour ainsi dire aucune évaluation individualisée. Il a fait remarquer que les Lignes directrices de 1995 offraient la possibilité d'évaluations davantage individualisées. Certains des facteurs établis par les Lignes directrices en question n'avaient pas été appliqués au cas du plaignant, [TRADUCTION] « ... tels que les tests servant à déterminer la capacité fonctionnelle de M. Irvine, la fréquence et le niveau des soins médicaux requis pour gérer adéquatement la maladie de M. Irvine; et les effets secondaires de restriction de l'employabilité entraînés par la prise de médicaments pour le cœur »[lxxv]. De plus, l'évaluation du cas du plaignant [TRADUCTION] « ... n'avait pas pris en compte les atouts physiques, professionnels et affectifs de M. Irvine au regard de sa capacité à servir dans les FAC »[lxxvi].

Le Tribunal a aussi conclu que le refus de retenir le plaignant au sein des FAC par une prise en compte adéquate de son état contrastait vivement avec la décision qui aurait été prise en vertu des règles visant à maintenir les membres dans l'effectif, règles qui avaient été adoptées en novembre 2000. Comme l'a expliqué le Tribunal : [TRADUCTION] « Les membres doivent aujourd'hui être maintenus dans l'effectif aussi longtemps qu'ils peuvent occuper pleinement un poste établi pour leur grade et leur profession au sein de l'armée. M. Irvine entrait dans cette

---

[lxxiv] *Ibid.* au par. 41.

[lxxv] *Ibid.* au par. 141.

[lxxvi] *Ibid.*

catégorie. Ses commandants ont confirmé qu'il pouvait accomplir les tâches générales et particulières d'un technicien en aéronautique attribuées à son grade. Selon les politiques de novembre 2000, même un membre qui ne peut être déployé vers un théâtre d'opérations à haut risque doit être maintenu dans l'effectif ou réaffecté à un autre poste correspondant à son métier dans l'armée et dont il peut exécuter toutes les tâches normales. Les membres peuvent aussi être assignés à des postes où ils ne sont pas directement exposés aux tâches ou conditions de travail envisagées par les principes de l'universalité du service »[lxxvii]. Le Tribunal a aussi jugé que [TRADUCTION] « les FAC elles-mêmes ont reconnu qu'elles avaient la capacité empirique de prévoir des aménagements pour les membres occupant des postes militaires non essentiels... L'obligation de prévoir des aménagements requiert d'évaluer la capacité des FAC de retenir ses membres dans de tels postes avant qu'elles ne décident de les renvoyer. Aucune évaluation du genre n'a été faite dans le cas de M. Irvine »[lxxviii].

S'agissant de la réparation (qui, selon le Tribunal, devait tenir compte du fait que le plaignant aurait normalement servi jusqu'à sa retraite en 2003), le Tribunal a refusé, à la demande des parties, de rendre une ordonnance. Il s'est cependant réservé le pouvoir d'entendre la preuve en la matière pour le cas où les parties ne pourraient parvenir à un accord.

Un refus d'embauchage prétendument fondé sur l'idée que le candidat avait une dépendance à l'égard de l'alcool a été examiné par le Tribunal dans l'affaire *Crouse* c. *Société maritime CSL Inc.*[lxxix] Dans cette affaire, les antécédents professionnels du plaignant à bord de plusieurs navires variaient, mais la preuve laissait voir de nombreux cas de rendement insatisfaisant, ainsi que des épisodes où le plaignant avait été en état d'ébriété durant les heures de travail. La société défenderesse, Société maritime CSL Inc., avait pris la décision (à la suite d'accusations d'ivrognerie au travail et d'incompétence) de ne pas considérer le plaignant pour un emploi futur quelconque. Quelques années plus tard, le plaignant présenta à la société défenderesse sa candidature au poste d'électricien de relève permanent, après avoir remarqué que le poste était affiché au bureau de placement syndical. Très rapidement, le personnel syndical du bureau de placement fut informé par lettre que, en raison des antécédents professionnels du plaignant, la Société maritime CSL Inc. avait refusé sa candidature.

Le Tribunal fit d'emblée remarquer que la dépendance à l'égard de l'alcool est considérée comme une déficience selon la *LCDP*. De plus, il n'est pas nécessaire de savoir si une telle dépendance existe effectivement pour conclure à l'existence d'une discrimination, le Tribunal soulignant que les décisions en matière d'emploi qui sont prises avec l'idée que tel ou tel candidat souffre de cette déficience peuvent constituer une infraction à la *LCDP*[lxxx]. En l'espèce,

---

[lxxvii] *Ibid.* au par. 157.

[lxxviii] *Ibid.* au par. 162.

[lxxix] *Crouse* c. *Société maritime CSL Inc.*(18 juin 2001), D. T. 7/01(T.C.D.P.) [ci-après *Crouse*].

[lxxx] À l'appui de ces conclusions, le Tribunal s'est référé à l'affaire *Niles* c. *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1992) 18 C.H.R.R. D/152 (T.C.D.P.)et à l'arrêt *Québec (C.D.P.D.J.)* c. *Montréal (Ville)* [2000] 1 R.C.S. 665.

le Tribunal a conclu à l'existence d'un commencement de preuve de discrimination, en particulier parce que la défenderesse affirmait qu'elle avait fondé sa décision sur les antécédents professionnels du plaignant. Les documents relatant lesdits antécédents et utilisés par la société défenderesse faisaient état de cas d'inconduite liés à l'abus d'alcool de la part du plaignant et à des incidents d'ivrognerie. Le commencement de preuve de discrimination étant établi, il appartenait dès lors à la société défenderesse de fournir une explication raisonnable pour sa décision de ne pas considérer le plaignant.

S'agissant de la position de la défenderesse, le Tribunal fit observer qu'elle ne cherchait pas à établir que, en raison des impératifs de sécurité, la sobriété constituait une exigence professionnelle justifiée. La défenderesse prétendait plutôt que sa décision avait été motivée par des doutes sur l'aptitude du plaignant à exécuter comme il faut les tâches du poste. Le Tribunal avait entendu une preuve considérable sur les aptitudes et l'expérience requises des personnes embauchées comme électriciens de relève permanents à bord des navires appelés vraquiers autodéchargeurs. Il a jugé qu'en fait, si la défenderesse avait décidé de ne pas embaucher le plaignant, c'est parce qu'elle estimait qu'il n'avait pas assez de compétences et d'expérience. Les doutes que la défenderesse avait pu avoir dans le passé à propos de la dépendance du plaignant à l'égard de l'alcool avaient été dissipés, comme le démontrait le fait que le plaignant avait été embauché temporairement par la défenderesse dans un passé récent. Au vu de ces éléments, le Tribunal a conclu que la défenderesse s'était acquittée de son obligation de fournir une explication raisonnable pour sa décision de ne pas embaucher le plaignant.

Les politiques du Service correctionnel du Canada (SCC) refusant aux détenus transsexuels au stade préopératoire l'accès à une chirurgie de changement de sexe ont été examinées par le Tribunal dans l'affaire *Kavanagh* c. *P.G. Canada*[lxxxi]. Cette affaire portait aussi sur la décision du SCC de restreindre initialement l'accès de la plaignante à l'hormonothérapie et sur sa décision de placer la plaignante dans un pénitencier pour hommes. Ces politiques et décisions du SCC ont été contestées par la plaignante au motif qu'elles exerçaient contre elle une discrimination fondée sur le sexe et la déficience. L'affaire a été examinée au regard de la discrimination fondée à la fois sur le sexe et la déficience, mais elle est mentionnée ici en raison de sa relation avec un état médical sous-jacent appelé trouble de l'identité de genre.

La situation particulière de la plaignante était qu'elle prenait des hormones femelles depuis l'âge de treize ans. L'impression qu'elle avait d'être une femme habitant un corps d'homme avait débuté à la première enfance. Au moment de son procès et de sa condamnation pour homicide involontaire (1989), elle avait vécu en tant que femme et avait été choisie par une clinique d'identité de genre comme candidate à une opération de changement de sexe. Le juge qui avait prononcé la peine avait recommandé qu'elle soit autorisée à purger sa peine dans une prison pour femmes. Malgré cette recommandation (qui reflétait le propre vœu de la détenue), elle passa les onze années suivantes dans plusieurs pénitenciers pour hommes à haute sécurité ou à sécurité moyenne. Comme on l'a dit, la plaignante a subi une opération de changement de sexe après un règlement à l'amiable de ses plaintes à l'encontre du SCC. Il restait au Tribunal à examiner les politiques du SCC concernant l'accès d'un détenu à une telle opération et le choix de

---

[lxxxi] *Kavanagh* c. *Procureur général du Canada* (le 31 août 2001), T.D. 11/01 (T.C.D.P.). [ci-après *Kavanagh*].

l'établissement à l'intérieur duquel ce détenu purgera sa peine. (La question de l'accès à l'hormonothérapie avait été résolue par l'adoption d'une politique écrite énonçant les conditions auxquelles un tel accès serait permis.)

Une preuve considérable fut présentée au Tribunal par des témoins experts à propos du trouble de l'identité de genre, un syndrome que reconnaissent les milieux médicaux. Ce syndrome est largement défini et englobe un comportement allant du désir d'imiter le sexe opposé, par exemple en s'habillant comme lui, aux situations plus dramatiques de personnes qui se perçoivent comme appartenant effectivement au sexe opposé. Dans de tels cas, le sexe anatomique de l'individu ne concorde pas avec sa véritable identité de genre. C'est cet intense conflit entre la véritable identité de genre et le sexe anatomique manifeste de l'individu qui produit la dysphorie de genre. Cette expression s'entend de l'affliction et du tourment ressenti par les transsexuels que leur sexe biologique rend malheureux.

Les témoins experts ont aussi passé en revue les procédures appliquées pour un diagnostic du trouble de l'identité de genre ainsi que les divers traitements offerts, notamment la psychothérapie, le traitement par les médicaments, l'hormonothérapie pour les sujets engagés dans le processus de transition de genre, et finalement l'opération de changement de sexe. Étant donné le caractère irréversible et effractif de cette opération, les critères de sélection sont rigoureux et requièrent l'accomplissement d'étapes préalables avant que l'opération ne soit entreprise. Les témoins experts se sont accordés sur les aspects fondamentaux du concept de trouble de l'identité de genre, mais ils ont divergé d'opinion sur l'opportunité d'offrir à une personne incarcérée la possibilité de subir une telle opération. L'environnement social singulier des prisons pourrait très bien porter atteinte à la qualité du diagnostic, voire fausser les idées véritables du sujet qui demande l'opération. Il n'y avait pas unanimité sur cet aspect des réalités sociales en milieu carcéral, mais le SCC s'en tenait à sa politique consistant à refuser cette possibilité, en raison des doutes suscités par certains professionnels de la médecine travaillant dans le domaine des troubles de l'identité de genre.

Les politiques écrites se rapportant au placement (le choix de l'établissement carcéral) ainsi qu'à la possibilité de subir une opération de changement de sexe sont claires et non équivoques. Elles prévoient que « sauf si l'opération de changement de sexe a eu lieu, les détenus de sexe masculin seront placés dans des établissements pour hommes » et que « l'opération de changement de sexe ne sera pas considérée durant l'incarcération du détenu »[lxxxii]. Tout aussi claire a été la conclusion initiale du Tribunal concernant la politique de placement : « La politique du SCC exigeant que les détenus ayant une anatomie masculine soient incarcérés dans des établissements pour hommes défavorise manifestement les détenus transsexuels MF au stade préopératoire. Le placement des non-transsexuels est fonction de leur sexe anatomique et de leur genre. Toutefois, le placement des transsexuels est fonction de leur sexe anatomique et non de leur genre. L'avocat du SCC admet volontiers que la politique constitue en apparence une discrimination fondée tant sur le sexe que sur la déficience »[lxxxiii]. Il fallait essentiellement se demander si le SCC avait fondé sur un motif justifiable sa politique concernant le placement des transsexuels.

[lxxxii] *Ibid.* au par. 35.

[lxxxiii] *Ibid.* au par. 141.

Au soutien de cette politique, des témoins du SCC avaient mis en relief la vulnérabilité de la population carcérale de sexe féminin et l'incidence problématique qu'aurait le placement dans cette population d'un détenu anatomiquement de sexe masculin. La preuve sur ce point fut quelque peu subjective, mais le Tribunal a estimé qu'elle avait été renforcée par des études objectives sur les besoins des détenus de sexe féminin, ainsi que par les vues de l'un des témoins experts. Il a conclu que les difficultés que les détenus de sexe féminin avaient avec les hommes trouvaient en partie leur source dans des expériences pénibles marquées par des abus physiques, psychologiques et sexuels. Plus simplement, elles constituaient un groupe vulnérable qui était fondé à voir ses besoins reconnus et respectés. Ce n'était donc pas une solution raisonnable, comme on l'avait soutenu, de placer dans un pénitencier pour femmes des transsexuels au stade préopératoire. Le Tribunal a aussi conclu qu'il n'était ni possible ni souhaitable de placer dans des établissements totalement séparés les transsexuels en transition qui en sont au stade préopératoire, en soulignant le nombre extrêmement faible des détenus de cette catégorie, les difficiles problèmes logistiques et les questions de réadaptation.

Malgré ses conclusions sur ces deux solutions de remplacement, le Tribunal a néanmoins décidé que la politique, dans sa forme actuelle, était injustifiée « car celle-ci ne tient pas compte de la vulnérabilité particulière des détenus transsexuels au stade préopératoire »[lxxxiv]. Autrement dit, le SCC n'avait pas pris de moyens raisonnables pour offrir des aménagements aux membres de ce groupe. Le Tribunal a jugé que toute politique future « doit tenir compte de l'effet différentiel que le placement des détenus en fonction de leur anatomie a sur les détenus transsexuels. Le risque de victimisation inhérent au milieu carcéral doit également être pris en compte. Enfin, il faut que les dirigeants du secteur correctionnel examinent le cas de chaque transsexuel de concert avec des professionnels de la santé qualifiés avant son placement dans une des catégories d'établissements pénitentiaires pour hommes... »[lxxxv]. Il a donc ordonné qu'une nouvelle politique de placement des détenus transsexuels soit formulée en concertation avec la Commission, pour qu'il soit tenu compte de leurs besoins particuliers de placement.

S'agissant de l'accès à l'opération de changement de sexe, le Tribunal n'a eu guère de difficulté à dire qu'il y avait un commencent de preuve de discrimination. Selon lui, l'opposition générale du SCC à ce genre d'opération durant la période d'incarcération équivalait à refuser un service médical aux détenus transsexuels qui de l'avis de professionnels de la médecine pouvaient être de bons candidats pour l'opération en question. Ce refus de services médicaux (qu'ils soient classés comme essentiels ou facultatifs) équivalait à une discrimination fondée à la fois sur le sexe et sur la déficience. Puis le Tribunal s'est demandé si le SCC avait fondé l'interdiction sur un motif justifiable.

Puisque le fondement rationnel de la politique et la bonne foi de ceux qui l'avaient établie pouvaient être facilement démontrés, le Tribunal a analysé la question en se demandant si l'interdiction était raisonnablement nécessaire, en ce sens qu'aucun aménagement ne pouvait être offert aux transsexuels au stade préopératoire sans qu'il en résulte une contrainte excessive. Il a

---

[lxxxiv] *Ibid.* au par. 166.

[lxxxv] *Ibid.*

fait observer que de sérieux doutes avaient été soulevés dans la preuve à propos de la possibilité pour des transsexuels incarcérés de remplir une condition préalable essentielle afin de pouvoir être retenus comme candidats à une opération de changement de sexe, à savoir l'accomplissement véritable d'une expérience de vie en tant que membres du sexe cible. Selon les mots du Tribunal :

> « Nous partageons l'opinion des experts appelés par le SCC, à savoir que l'exigence de l'expérience pratique énoncée dans le protocole de traitement ne puisse être remplie de façon satisfaisante en milieu carcéral. Il ressort de l'ensemble des témoignages que les transsexuels au stade préopératoire doivent être en mesure d'interagir à la fois avec des hommes et des femmes dans leur vie quotidienne pour répondre de façon satisfaisante à l'exigence de l'expérience pratique... Ces individus peuvent-ils acquérir l'expérience pratique voulue durant leur incarcération dans des pénitenciers pour hommes ? Nous pensons que non... Le but de l'expérience pratique est d'évaluer la détermination du patient vis-à-vis de l'inversion sexuelle chirurgicale, de même que la capacité de l'intéressé de vivre en tant que membre du sexe cible. On vérifie la détermination du patient en exigeant qu'il s'expose à perdre son emploi et à s'aliéner sa famille et ses amis, tout en étant prêt à subir l'opprobre social que risque de susciter la décision de vivre comme membre du sexe cible. Contrairement à la société en général, le milieu carcéral, de par sa nature artificielle, comporte des renforcements positifs ou négatifs susceptibles de déformer l'expérience de l'intéressé, d'où l'impossibilité de se fier sur l'expérience pratique pour vérifier si l'intéressé est vraiment déterminé, sa capacité de fonctionner comme membre du sexe cible et le caractère adéquat du soutien social, économique et psychologique dont il bénéficie. Par conséquent, l'expérience pratique acquise en milieu carcéral n'est pas un indicateur fiable de l'aptitude d'un détenu à subir l'inversion sexuelle chirurgicale »[lxxxvi].

Cette conclusion réduit considérablement le nombre déjà faible de détenus qui pourraient être des candidats à une opération de changement de sexe, mais le Tribunal a estimé qu'elle ne justifiait pas l'interdiction absolue actuellement énoncée dans les politiques du SCC. Cette interdiction ne pouvait se justifier que si le SCC prouvait que nul ne pourrait véritablement répondre aux conditions d'admissibilité réglementant l'accès à « un traitement médical légitime d'un état médical reconnu »[lxxxvii]. Le Tribunal a donné un seul exemple de cas où un individu pourrait très bien répondre aux exigences, à savoir le cas où le sujet « aurait satisfait à l'exigence de l'expérience pratique avant son incarcération »[lxxxviii]. Sur la question de savoir qui pourrait juger de l'aptitude d'un détenu à subir l'opération, le Tribunal a indiqué que la décision devrait être prise par les médecins qui avaient suivi le sujet tout au long du processus de transition antérieur à l'incarcération (sauf entente contraire du détenu et du SCC).

Le SCC n'ayant pas démontré que des aménagements raisonnables ne pouvaient être apportés sans qu'il en résulte une contrainte excessive, le Tribunal a jugé que l'interdiction générale engendrait une discrimination fondée sur le sexe et la déficience. Il a donc ordonné au SCC de ne plus appliquer la politique en question, mais a suspendu son ordonnance pendant une période de

---

[lxxxvi] *Ibid.* au par. 178.

[lxxxvii] *Ibid.* au par. 187.

[lxxxviii] *Ibid.* au par. 181.

six mois pour permettre au SCC de consulter la Commission afin de formuler une nouvelle politique conforme aux motifs énoncés dans sa décision.

Dans l'affaire *Eyerley* c. *Seaspan International*, le Tribunal a été appelé à se prononcer sur l'obligation faite à un employeur de prendre des mesures d'adaptation, sans que cela lui impose une contrainte excessive, afin de tenir compte des besoins spéciaux d'un employé ayant une déficience[lxxxix]. L'affaire concernait un employé qui, entre 1989 et 1996, avait travaillé seulement l'équivalent de 17,5 % des 2 662 jours pendant lesquels il avait été inscrit sur la feuille de paye de l'entreprise intimée. Son absentéisme résultait en grande partie d'une blessure au poignet droit qu'il avait subie du fait de son travail et qui l'empêchait de remplir certaines des fonctions de son poste de matelot de pont-cuisinier à bord des remorqueurs côtiers exploités par l'intimé. En raison de sa blessure (qui l'avait obligé à s'inscrire à diverses reprises au régime d'indemnisation des accidentés du travail), M. Eyerley a demandé à être affecté sur de plus petits remorqueurs équipés d'un dispositif de manœuvre plus léger afin d'éviter les tâches lourdes et ardues. Seaspan n'était pas disposée à fournir à l'employé une garantie à cet égard, se contentant de lui offrir un poste à bord de petits navires lorsque la chose était possible du point de vue administratif. Le travail à bord des petits navires s'est révélé également difficile pour l'employé, qui est parti une autre fois en congé d'invalidité le 18 juillet 1995. Finalement, compte tenu des rapports médicaux et des conclusions de la Commission des accidents du travail suivant lesquels il était peu probable que l'employé reprenne ses fonctions de matelot de pont-cuisinier dans un avenir rapproché, l'entreprise a mis fin à son emploi le 8 novembre 1996 pour cause d'absentéisme involontaire. Le 7 mai 1998, M. Eyerley a déposé une plainte de discrimination au travail fondée sur la déficience.

Pour sa défense, l'entreprise intimée a fait valoir que la cessation d'emploi en raison de l'impossibilité d'exécution d'un contrat (absentéisme involontaire) ne constituait pas une pratique discriminatoire fondée sur la déficience. Ainsi, a soutenu l'entreprise, les faits de la plainte ne permettaient pas d'établir une preuve *prima facie* de discrimination. L'entreprise a fondé son argument sur des cas jurisprudentiels de congédiement injustifié où la défense avait invoqué le principe d'annulation d'un contrat devenu inexécutable. Le Tribunal a rejeté cet argument en soulignant qu'aucun des cas cités n'avait examiné précisément la question de l'incidence de la législation en matière des droits de la personne sur l'impossibilité d'exécution d'un contrat. Il a invoqué à cet effet une décision arbitrale suivant laquelle un employeur a droit à sa juste part du marché, c'est-à-dire l'exécution du travail par l'employé. Cependant, lorsque les règles d'emploi entraînent des conséquences négatives sur une personne ayant une déficience, il convient que l'arbitre détermine si l'employeur a pris toutes les mesures d'adaptation nécessaires jusqu'à ce qu'il en résulte pour lui une contrainte excessive[xc]. De plus, le Tribunal a souligné que même les décisions arbitrales citées par Seaspan reconnaissaient que le principe de l'absentéisme involontaire ne s'appliquait pas librement et qu'il était en fait assujetti aux restrictions de la législation sur les droits de la personne.

[lxxxix] *Patrick Eyerley (et Commission canadienne des droits de la personne) c. Seaspan International Limited,* T.D. 18/01, 21/12/2001.

[xc] *Ibid.*, paragraphe 136. Se référer à la décision arbitrale *Air B.C. Ltd. et C.A.L.D.A.*, (1995) 50 L.A.C. (4e) 93.

Ayant donc jugé que les éléments de preuve dont il était saisi établissaient une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la déficience, le Tribunal s'est tourné vers la question des mesures d'adaptation. La norme de travail en question, à savoir qu'un employé doit maintenir un niveau raisonnable d'assiduité au travail, était clairement rattachée aux exigences légitimes de Seaspan en matière de travail. Pourtant, même lorsqu'une norme est raisonnablement nécessaire, l'employeur est obligé de prendre des mesures d'adaptation pour tenir compte de la déficience d'un employé jusqu'à ce qu'il en résulte pour l'employeur une contrainte excessive. Pour ce qui est de savoir ce qui constitue une contrainte excessive, le Tribunal a adopté des critères reconnus qui ont été déterminés par la Cour suprême, tels les coûts financiers, l'interchangeabilité de l'effectif et des installations, les conventions collectives, l'ingérence notable dans les droits et le moral des autres employés et la sécurité des employés. Il a fait observer que la question des mesures d'adaptation devait être examinée sur deux plans : sur le plan procédural, afin de déterminer dans quelle mesure l'employeur tient compte de tous les aspects viables de l'adaptation; sur le plan du fond, afin d'évaluer le caractère raisonnable des mesures d'adaptation mises en place ou les raisons pour lesquelles l'employeur ne prend aucune mesure[xci].

Au regard de la preuve dont il disposait, le Tribunal a jugé que Seaspan, en fait d'adaptation, n'avait qu'examiné la demande d'affectation sur des petits remorqueurs que le plaignant (M. Eyerley) avait présentée. L'entreprise avait bien fait comprendre, cependant, qu'elle n'avait pas l'intention d'organiser ses équipages en fonction de l'état du poignet de M. Eyerley et que ce dernier devait être en mesure de travailler sur n'importe quel de ses navires. Le Tribunal a noté que Seaspan exploitait une flotte variée de bateaux dont certains (tels les transbordeurs et les remorqueurs navettes) nécessitaient l'exécution de manœuvres beaucoup moins lourdes et mieux adaptées à la déficience du plaignant. Bien que le Tribunal n'ait pas été en position de déterminer si des obstacles auraient empêché le plaignant, pour des raisons valables, de remplir d'autres tâches, il a jugé que l'employeur n'avait pas envisagé cette possibilité tout comme il n'avait pas examiné attentivement l'aptitude de M. Eyerley à exécuter diverses fonctions.

Au moment de déterminer le redressement qu'il convenait d'accorder, le Tribunal a jugé important de tenir compte des contraintes physiques incontestables auxquelles le plaignant faisait face. Il a rejeté les arguments voulant qu'une ordonnance de dédommagement pour perte de salaire soit rendue, parce que le plaignant avait touché des prestations de réadaptation professionnelle jusqu'au 31 décembre 1998 et qu'il était de toute façon inapte pour raison de santé (au regard de la preuve présentée) à remplir les fonctions de matelot de pont-cuisinier. Quant aux autres postes qui auraient pu être offerts au plaignant, le Tribunal a jugé qu'une ordonnance de dédommagement pour perte de salaire ne pourrait qu'être fondée sur des conjectures et des éléments ayant peu de rapport avec les faits de l'espèce. Il a également refusé d'ordonner à l'intimé de réembaucher le plaignant et de lui offrir le premier poste d'officier de pont disponible. Prendre une telle mesure, a fait valoir le Tribunal, reviendrait à passer outre aux pratiques d'évaluation normales de Seaspan et à faire abstraction du fait que le plaignant n'avait pas encore terminé le programme de recyclage professionnel et obtenu sa carte de qualification d'officier de pont, et que ce poste comportait des fonctions épisodiques de matelot de pont que le plaignant était inapte à remplir.

[xci] *Ibid.*, paragraphe 143. Citation des arrêts *Meiorin* et *Grismer* de la Cour suprême.

Après avoir examiné en bout de ligne la possibilité de confier au plaignant un travail de matelot de pont à bord de remorqueurs, le Tribunal a constaté qu'il serait fort possible pour le plaignant de remplir les fonctions allégées que comporte ce travail et que les facteurs de risque et de sécurité étaient beaucoup moins importants qu'à bord d'autres types de remorqueurs exploités par Seaspan. Il a par conséquent ordonné à l'entreprise de prendre les arrangements nécessaires (à ses frais) pour faire subir au plaignant un examen médical visant à déterminer sa condition physique et son degré d'invalidité. Il a ordonné en outre qu'une évaluation professionnelle exhaustive soit faite des fonctions d'un matelot de pont à bord des remorqueurs. Dans le cas où, à l'issue de l'examen médical, le plaignant serait déclaré apte à exercer les fonctions de matelot de pont à bord des remorqueurs, le Tribunal a ordonné à Seaspan d'offrir au plaignant le premier poste permanent du genre qui serait disponible (sans égard à l'ancienneté). Toutefois, l'entreprise ne devait libérer aucun des postes occupés de cette catégorie dans le seul but de répondre aux besoins d'adaptation du plaignant. En dernier lieu, le Tribunal a ordonné qu'une indemnité de 5 000 dollars soit versée au plaignant pour le préjudice moral qu'il a subi.

Race/Origine nationale ou ethnique

Le Tribunal a rendu une décision approfondie dans l'affaire *Chopra* c. *Santé nationale et Bien-être social*[xcii], une affaire concernant une plainte individuelle de discrimination raciale (ainsi que de discrimination fondée sur l'origine nationale ou ethnique). Déposée à l'origine en septembre 1992, la plainte a été instruite par un tribunal sur une période de plusieurs jours en septembre et octobre 1995. Une décision a été rendue en mars 1996[xciii] rejetant les allégations selon lesquelles le plaignant avait subi un traitement discriminatoire dans les opérations de dotation se rapportant à un poste de gestion au ministère de la Santé nationale et du Bien-être social. Cette décision fut infirmée en appel parce que le Tribunal avait commis une erreur de droit en excluant la preuve d'expert se rapportant aux questions de discrimination systémique[xciv]. Le Tribunal avait exclu la preuve générale d'un problème systémique à Santé Canada, preuve que le plaignant (et la Commission) avaient espéré utiliser pour établir une preuve circonstancielle permettant de conclure qu'une discrimination avait eu lieu dans le cas particulier du plaignant. La Cour fédérale renvoya l'affaire au « tribunal initial » pour qu'il en dispose sur la base du dossier de l'audience antérieure et de toute preuve statistique complémentaire que le plaignant ou la Commission avait voulu produire, ainsi que sur la base des documents que le ministère défendeur pourrait vouloir produire en réponse. Comme le tribunal initial ne pouvait être reconstitué, un nouveau tribunal fut mandaté pour réexaminer l'affaire à la lumière du jugement de la Cour fédérale.

Plusieurs questions de preuve ont été examinées au cours de la nouvelle instruction. Il y avait notamment la question du champ des preuves nouvelles qui seraient autorisées, en particulier celles qui se rapportaient au défendeur. Le Tribunal a décidé que Santé nationale et Bien-être social devrait être autorisé à produire de nouveaux éléments de preuve même s'ils se rapportaient à des pièces déjà présentées au tribunal initial. Selon lui, la preuve statistique pouvait renforcer les détails de l'argumentation du plaignant. Comme l'évaluation initiale faite par le ministère défendeur du prétendu commencement de preuve présenté à son encontre intéressait le genre de preuve qu'il avait choisi de produire dans sa défense à l'audience initiale, le Tribunal a décidé que, en toute équité, le ministère défendeur devait être autorisé à produire des éléments de preuve qui allaient au-delà des stricts faits et points soulevés par la nouvelle preuve statistique. Simultanément, le Tribunal jugea que le ministère défendeur ne pouvait tenir sa preuve en réserve et demander, à la fin des arguments du plaignant, que les allégations soient rejetées parce qu'elles ne permettaient pas d'établir un commencement de preuve. Autrement dit, il faudrait que le ministère défendeur choisisse de ne pas produire de preuves sur le fond des allégations s'il décidait sur cette base de présenter une requête en rejet des allégations, ce que finalement il

---

[xcii] *Chopra* c. *Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social* (le 13 août 2001) D.T. 10/01 (T.C.D.P.).

[xciii] *Chopra* c. *Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*, [1996] C.H.R.D. n° 3 (T.C.D.P.)

[xciv] Voir *Commission canadienne des droits de la personne c. Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social* (1998) 146 F.T.R. 106 (C.F. 1re inst.); ainsi que l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, (1999) 235 N.R. 195 (C.A.F.).

refusa de faire[xcv].
Le Tribunal a aussi énoncé les principes qui allaient le guider dans les conclusions de fait tirées par la formation initiale. Il a fait valoir qu'il serait imprudent pour lui d'entreprendre de réévaluer les dépositions de témoins qu'il n'avait pas directement entendus. Cependant, si de nouvelles preuves étaient reçues, il appartiendrait au Tribunal de réévaluer la question à laquelle elles se rapportaient. S'agissant des aspects non rattachés à de nouvelles preuves, le Tribunal a estimé qu'il était quand même fondé à les réévaluer s'il jugeait que le premier tribunal avait commis « une erreur palpable ou manifeste dans l'évaluation des faits ou une erreur dans ses conclusions de droit »[xcvi]. Abstraction faite de ces aspects, le Tribunal jugea qu'il devrait déférer aux conclusions de fait tirées par le premier tribunal.

La décision du Tribunal explique en détail les faits entourant les allégations de discrimination raciale. La manière dont le concours pour ce poste s'est déroulé, le fait qu'il a été pourvu temporairement et la nomination ultime du candidat reçu (durant la période 1990-1992) sont les principaux aspects qui ont retenu l'attention du Tribunal. S'agissant du concours final (mars-avril 1992), le Tribunal a conclu que le plaignant avait été éliminé en raison de son manque d'expérience de la gestion. Comme l'échec du plaignant à figurer sur la liste des candidats qualifiés résultait de l'application d'un critère objectif, le plaignant n'avait pas réussi à établir un commencement de preuve de discrimination[xcvii]. Néanmoins, la preuve présentée au Tribunal soulevait, quant à une possible discrimination exercée contre le plaignant, d'autres aspects prenant la forme d'un déni de possibilités. Comme le Tribunal l'a fait observer : « ... La question la plus importante et inquiétante consiste à savoir s'il existe des éléments de preuve permettant d'établir un lien entre le manque d'expérience en gestion du D[r] Chopra et les actes ou omissions de l'employeur et, le cas échéant, si ces actes et omissions sont d'une façon ou d'une autre attribuables à un traitement différent fondé sur un motif illicite aux termes de la *LCDP* »[xcviii].

[xcv] La contre-preuve que la Commission a voulu produire après l'argumentation du défendeur a été dans une grande mesure refusée par le Tribunal. Il a exprimé l'avis que les principes de l'équité envers le défendeur obligeaient un plaignant à produire sa preuve durant la présentation initiale de ses arguments. Dans l'affaire dont il était saisi, le Tribunal a trouvé que trois des quatre témoins proposés par la Commission entendaient faire des dépositions que le ministère défendeur n'aurait pu raisonnablement anticiper à la clôture de sa preuve. Voir la décision du Tribunal, précitée, note 91 aux par. 12-15.

[xcvi] Pour la discussion de cette question par le Tribunal, voir les par. 16-30 de sa décision, précitée, note 91.

[xcvii] Sur ce point, le Tribunal a également adopté les conclusions de fait du premier tribunal : « Je ne vois pas de raison de contester la conclusion du tribunal Soberman à savoir que le plaignant possédait peu d'expérience en gestion hiérarchique par rapport au poste de haute direction qu'il convoitait. Je conviens également que la condition préalable établie par le Ministère relative à l'expérience en gestion pour occuper le poste d'une durée indéterminée de directeur d'un bureau était un motif raisonnable justifiant l'élimination de sa candidature à la présélection ». *Ibid.* au par. 257.

[xcviii] *Ibid.* au par. 259.

La réponse donnée à cette question a été finalement affirmative. Au soutien de sa conclusion, le Tribunal a signalé plusieurs choses : (i) le fait que le ministère n'avait pas nommé le plaignant directeur intérimaire, (ii) la nomination de quelqu'un d'autre comme directeur intérimaire même si cette personne ne répondait pas aux qualités requises indiquées, (iii) l'hypothèse énoncée par un cadre supérieur selon laquelle certains groupes culturels n'avaient pas les « compétences non techniques » comme l'aptitude à communiquer, à influencer et à négocier[xcix]. Le fait qu'il n'a pas été nommé à titre intérimaire était crucial, vu l'ensemble des circonstances. Comme l'a déclaré le Tribunal : « Les conséquences de la négligence de Santé Canada à donner au D[r] Chopra la chance d'occuper ce poste à titre intérimaire lorsque l'occasion s'est présentée sont importantes. Si le D[r] Chopra avait exercé les fonctions du poste pendant la totalité ou une partie de la période précédant le concours final, il aurait acquis l'expérience de gestion récente nécessaire pour franchir l'étape de la présélection »[c]. Au lieu de cela, le défendeur a nommé une personne qui n'était pas membre d'une minorité visible pour qu'il occupe le poste à titre intérimaire, et qui ne répondait pas aux exigences officielles du poste. S'agissant du plaignant, le Tribunal a estimé « ... que, essentiellement, l'on n'a aucunement réfléchi à l'idée de nommer le D[r] Chopra, car on croyait simplement qu'il n'avait pas les [TRADUCTION] « compétences non techniques » nécessaires, comme le voulait la perception générale du sous-ministre adjoint à l'égard de certaines personnes de cultures diverses. J'estime que cette conclusion est plus probable que les autres conclusions possibles. Au regard du critère énoncé dans *O'Malley*, je suis persuadé que la preuve est suffisante pour justifier un verdict en faveur du plaignant en l'absence de réplique de la part de l'intimé, et que le plaignant et la Commission ont établi une preuve *prima facie* de discrimination, de sorte qu'il incombe à l'intimé de fournir une explication raisonnable pour justifier ses actes. »[ci]

Le ministère défendeur a ensuite signalé le manque de compétences du plaignant en matière de gestion pour justifier la décision de ne pas le nommer à titre intérimaire. Vu les incohérences de la preuve concernant les opérations effectuées pour pourvoir le poste à titre intérimaire et, chose plus importante, le fait avéré que la personne nommée à ce titre n'avait pas les qualités requises pour le poste, le Tribunal a estimé que l'explication donnée par le défendeur constituait un

---

[xcix] S'agissant de la nomination, à titre intérimaire, d'un candidat non qualifié, le Tribunal a déclaré ce qui suit : « Ce qui est frappant au sujet de cette nomination, c'est que M[me] Franklin n'était pas compétente pour le poste. Toute croyance erronée de la part de l'intimé voulant qu'elle soit compétente pour le poste aurait dû être dissipée le 9 juillet 1991 lorsque le CACFP a statué qu'elle ne satisfaisait ni aux « exigences sur le plan des connaissances » ni à l'exigence en matière de bilinguisme. Bien qu'on ait jugé que M[me] Franklin n'avait pas la compétence voulue, l'intimé l'a maintenue à ce poste, même après que la CFP eut émis une directive ordonnant qu'elle cesse de l'occuper à compter du 20 septembre 1991. Bien sûr, au cours de toute cette période, le D[r] Chopra a continué de s'opposer à son maintien en fonctions; toutefois, l'intimé n'a à aucun moment jugé à propos de le nommer ou de l'affecter au poste à titre intérimaire ». *Ibid.* aux par. 264-265.

[c] *Ibid.* au par. 266.

[ci] *Ibid.* au par. 276.

prétexte. Puisque le défendeur ne pouvait s'acquitter du fardeau de la preuve, la plainte a été jugée fondée, du moins dans la mesure où elle se rapportait au fait que le défendeur n'avait pas offert au plaignant la possibilité de devenir directeur à titre intérimaire[cii]. Pour la réparation, le Tribunal a choisi de laisser les parties négocier un compromis acceptable, mais s'est réservé le pouvoir d'entendre des arguments sur cette question en cas d'échec de la conciliation.

La preuve statistique concernant la discrimination systémique, qui avait été exclue lors de la première audience, n'a joué aucun rôle notable dans la conclusion du Tribunal selon laquelle le ministère défendeur avait exercé une discrimination contre le plaignant. Néanmoins, les vues du Tribunal sur ce point donnent une idée de la manière dont cette preuve sera probablement traitée dans l'avenir. Comme l'a constaté le Tribunal, la Cour fédérale a établi que la preuve statistique d'une discrimination systémique peut être produite en tant que preuve circonstancielle d'une discrimination probable dans un cas donné. Cependant, dans une plainte individuelle, une preuve additionnelle doit être produite qui rattache les données statistiques aux actes particuliers de présumée discrimination. Dans l'affaire qui lui était soumise, le Tribunal a souligné que « ... même si on établissait l'existence d'obstacles systémiques à l'accès des membres des minorités visibles à la catégorie EX, il faudrait, pour établir une preuve *prima facie*, que la Commission démontre qu'il existe un lien entre cette preuve et la preuve - tant directe que circonstancielle - de discrimination dans le cas particulier du D[r] Chopra »[ciii].

Le Tribunal a jugé que la preuve d'expert présentée par la Commission souffrait de sérieuses lacunes méthodologiques qui la rendaient peu fiable. Les réserves de main-d'œuvre ou « groupes de relève » utilisés par le témoin de la Commission pour quantifier les membres des minorités visibles aptes à être promus à des postes EX ou à des postes de gestion furent jugés inadéquats. Par exemple, les données sur le personnel étaient distribuées entre deux grandes catégories parmi lesquelles étaient faites les nominations aux postes EX, catégories qui ne rendaient pas compte des nombres relatifs attribuables à chaque groupe. Il en avait résulté une surestimation du nombre des candidats possibles dont on pouvait supposer qu'ils appartenaient aux minorités visibles. Le témoin de la Commission avait également utilisé une analyse « statique » pour établir les taux de représentation des minorités visibles, par opposition à une analyse fondée sur le « flux de candidats ». L'analyse statique détermine le taux de représentation à une période précise, tandis que l'analyse du flux de candidats le détermine sur une période de temps. Le Tribunal a estimé que l'emploi d'une analyse « statique » n'offrait pas de données fiables sur les modèles de recrutement au fil du temps, données qui étaient importantes pour établir une preuve

---

[cii] La décision a modifié les conclusions du premier tribunal. Sur ce point, le Tribunal a déclaré : « En concluant à la responsabilité de l'intimé, je suis conscient que je m'écarte peut-être de certaines conclusions du tribunal Soberman. Cependant, je crois que ma décision a été prise conformément à mon pouvoir de substituer mon point de vue dans les cas où j'estime que le premier tribunal a commis une erreur palpable ou manifeste dans l'évaluation des faits. En outre, j'ai entendu une bonne partie de la preuve pertinente relativement à ces questions durant la deuxième audience, et notamment lors du témoignage de M[me] Weiner à titre d'experte et du témoignage du D[r] Liston. Je dois nécessairement évaluer cette nouvelle preuve à la lumière de l'ensemble de la preuve, y compris celle présentée au premier tribunal ». *Ibid.* au par. 284.

[ciii] *Ibid.* au par. 211.

circonstancielle de discrimination. Le Tribunal a aussi critiqué la méthode employée par le témoin expert à cause de l'absence de tests statistiques des constatations. La quantité relativement faible des données pouvait rendre inefficaces ces tests statistiques, mais le Tribunal a fait observer que « ... si les chiffres sont "trop petits", il n'y a pas de justification logique à laisser entendre qu'il existe des obstacles discriminatoires à l'accès des membres des minorités visibles à la catégorie EX »[civ].

Une autre question de preuve examinée par le Tribunal concernait la préclusion pour question déjà tranchée. Dans son argumentation finale devant le Tribunal, la Commission avait fait observer que la question de la discrimination systémique aux niveaux de la haute direction du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social avait déjà été débattue et décidée dans un autre cas (*ACNRI*)[cv]. La Commission a donc soutenu que le ministère défendeur devrait être empêché de soulever de nouveau un point sur lequel une décision avait déjà été rendue (décision qui confirmait la validité de l'allégation). L'affaire antérieure de l'*ACNRI* concernait une plainte selon l'art. 10 de la *LCDP*, où l'on affirmait que le Ministère se livrait à la discrimination dans une politique ou pratique qui privait ou tendait à priver une catégorie de personnes (des minorités visibles) de possibilités d'emploi. Le D[r] Chopra était à la fois témoin dans cette instance et, à l'époque, président du Comité sur l'équité en matière d'emploi de l'*ACNRI*. Après examen du droit applicable à la préclusion pour question déjà tranchée, le Tribunal a conclu que, même si les points soulevés dans les deux cas étaient semblables, les groupes effectifs d'employés visés par l'examen étaient suffisamment distincts pour rendre inapplicable le principe de la préclusion pour question déjà tranchée. Par ailleurs, la Commission elle-même avait en fait renoncé au droit qu'elle aurait pu avoir de plaider cette préclusion puisqu'elle avait produit une preuve sur la question de la discrimination systémique et n'avait pas soulevé la question plus tôt au cours de l'instance. Le résultat semblait différer du résultat obtenu dans la décision antérieure relative au recours collectif, mais le Tribunal a souligné qu'il serait arbitraire pour lui d'annuler ses propres conclusions, fondées sur la preuve qu'il avait effectivement entendue (et qui avait été produite par la Commission elle-même), en faveur de conclusions fondées sur une preuve qui était sensiblement différente et qui avait été produite dans une autre instance.

Dans l'affaire *Nkwazi* c. *Service correctionnel du Canada*[cvi], des allégations de discrimination fondées sur la race et la couleur dans le milieu de travail ont été acceptées en partie par le Tribunal. La plaignante est une femme de race noire née au Zimbabwe, qui avait immigré au Canada en 1983. Après avoir obtenu un baccalauréat en sciences (et perfectionné auparavant ses compétences d'infirmière), elle avait accepté un emploi à temps partiel en octobre 1995, au Centre psychiatrique régional (CPR) du Service correctionnel du Canada à Saskatoon. Son statut d'infirmière au CPR était celui d'une employée occasionnelle, et il était régi par les conditions

---

[civ] *Ibid.* au par. 229. Pour un examen plus complet de ces questions de preuve, voir les par. 213-237 de la décision.

[cv] *Alliance de la Capitale nationale sur les relations interraciales (ACNRI)* c. *Canada (Santé nationale et Bien-être social)* [1997] C.H.R.D. n° 3 (Q.L.), 28 C.H.R.R. D/179 (T.C.D.P.) [ci-après *ACNRI*].

[cvi] *Beryl Nkwazi* c. *Service correctionnel du Canada* (le 5 février 2001), D.T. 1/01 (T.C.D.P.)

d'un contrat de trois mois, ce qui signifiait qu'elle était appelée au travail lorsqu'on avait besoin d'elle. Son contrat d'employée occasionnelle fut renouvelé neuf fois, même s'il prévoyait qu'elle ne pouvait travailler plus de 125 jours au cours d'une période de 12 mois.

La présumée discrimination envers la plaignante avait été exercée alors que se déroulait un concours à un poste d'infirmière vacataire. La preuve (examinée en détail dans la décision du tribunal) avait permis d'établir qu'un membre de la direction avait tenté d'exclure la plaignante de ce concours en insistant, d'une manière injustifiée, pour qu'elle prenne une période de repos d'une semaine commençant le jour anniversaire de la date à laquelle elle avait débuté son travail au CPR. Il a été allégué par le défendeur (faussement) que tous les employés occasionnels devaient prendre une pause d'une semaine à la fin de chaque période de travail de 12 mois. Dans le cas de la plaignante, la présumée période de repos coïncidait avec le concours au poste d'infirmier et avec un délai exceptionnellement bref réservé aux mises en candidature. Le Tribunal a estimé que seule la plaignante avait été l'objet d'une tentative délibérée d'exclure du concours les employés occasionnels (en faisant en sorte qu'ils n'en aient pas connaissance). Aucun employé de race blanche n'avait été l'objet de telles mesures. Le Tribunal a donc conclu, selon la prépondérance des probabilités, que la race et la couleur de la plaignante étaient les facteurs qui avaient motivé les mesures prises par la direction du CPR. Malgré la tentative de l'exclure, la plaignante a plus tard posé sa candidature au poste d'infirmière vacataire, mais elle n'a pas réussi à figurer sur la liste d'admissibilité.

Les mauvais résultats de la plaignante au concours s'expliquaient par la nervosité causée par le fait que l'auteur lui-même des moyens pris pour l'exclure du concours siégeait dans le jury qui évaluait les candidats. Le Tribunal a donc conclu que la plaignante avait été défavorisée par rapport aux autres dans le déroulement du concours. Le Tribunal n'a pu affirmer que les agissements de la direction avaient effectivement nié à la plaignante l'accès au poste en question, mais il a indiqué que les agissements en question seraient pris en compte dans l'évaluation du préjudice.

Plus graves encore aux yeux du Tribunal étaient les allégations d'intimidation de la plaignante après qu'elle eut déposé sa plainte de traitement discriminatoire, en particulier le non-renouvellement du contrat de la plaignante à titre d'employée occasionnelle. La direction du Service correctionnel du Canada affirma que cette décision avait été prise pour cause de mauvais rendement, mais le Tribunal n'a pu trouver aucune preuve crédible à l'appui de cette prétention. Le témoignage produit était vague et dépourvu de tout détail se rapportant au rendement de la plaignante comme infirmière au service du CPR[cvii].

[cvii] Se référant aux témoignages de la direction, le Tribunal a fait l'observation suivante : « M. Brecknell a dit que le travail de M[me] Nkwazi en matière de consignation aux dossiers posait problème. On peut présumer qu'il aurait été très facile pour M. Brecknell de produire des dossiers de patient pour illustrer la nature de ses préoccupations à cet égard. Cependant, aucun dossier du genre n'a été produit et M. Brecknell n'a pas été capable de mentionner un seul cas où le travail de consignation au dossier n'était pas adéquat... Je rejette carrément cette allégation. De même, aucun détail n'a été fourni relativement aux plaintes que M. Brecknell dit avoir reçues des patients, hormis l'allégation pure et simple selon laquelle M[me] Nkwazi avait un problème de relations interpersonnelles. Lorsqu'on a mis en doute son allégation, M. Brecknell n'a pas été capable de fournir le nom d'un seul patient qui se serait plaint à lui au sujet de M[me] Nkwazi. Les

Le Tribunal a reconnu que les dispositions actuelles de la *LCDP* font des représailles un acte discriminatoire autonome, mais les événements se rapportant à cette plainte étaient antérieurs aux modifications législatives qui avaient introduit les dispositions en question. S'est alors posée la règle de la non-rétroactivité d'une nouvelle disposition, règle qui empêchait le Tribunal de considérer les représailles comme fondement autonome d'une responsabilité selon la *LCDP*. Cependant, le Tribunal a jugé que de telles représailles pouvaient être prises en compte dans l'évaluation du préjudice qui avait résulté de la discrimination subie par la plaignante à l'occasion du concours organisé pour le poste d'infirmier.

Eu égard à la relation entre les représailles et l'acte discriminatoire initial, le Tribunal a ordonné au Service correctionnel du Canada de réintégrer la plaignante, dès que cela serait raisonnablement possible, dans son poste d'employée occasionnelle au RPC pendant une période de trois mois, et de renouveler le contrat par la suite en fonction des besoins de l'établissement. Il a aussi ordonné une indemnité au titre de la perte de salaire, en tenant compte d'une référence incongrue qui avait été donnée à un autre éventuel employeur de la plaignante[cviii]. La plaignante était préoccupée de ce que les commentaires négatifs de la direction du CPR se répandent dans les milieux de la santé si elle décidait de chercher trop activement un autre emploi, et cela avait gêné ses efforts en vue de trouver un autre emploi. S'agissant des dommages-intérêts non pécuniaires pour préjudice moral et au titre du caractère délibéré et téméraire des actes discriminatoires, le Tribunal a jugé que les dispositions actuelles de la *LCDP* (entrées en vigueur en juin 1998) qui permettent un maximum de 20 000 $ au titre des deux chefs de préjudice ne devraient pas s'appliquer à des événements survenus avant l'entrée en vigueur des dispositions[cix]. Cependant, le Tribunal a accordé la réparation maximale de 5 000 $ prévue par la *LCDP* avant les modifications de 1998.

L'impossibilité de prouver le bien-fondé d'allégations de discrimination devant le Tribunal tient souvent à la crédibilité de témoins. Dans l'affaire *Wong* c. *Banque Royale du Canada*[cx], c'est le

---

allégations de M^me^ Thompson à l'égard des prétendues difficultés de M^me^ Nkwazi sur le plan des relations avec les patients étaient tout aussi vagues ». *Ibid.* aux par. 215-216.

[cviii] Sur ce point, le Tribunal a ordonné au Service correctionnel du Canada de fournir à la plaignante une référence reflétant véritablement son rendement en tant qu'infirmière et de répondre aux demandes orales de renseignements d'une manière conforme à ladite référence.

[cix] Le Tribunal a examiné le droit tel qu'il s'appliquait à la présomption légale de non-rétroactivité, en faisant observer que les dispositions en question n'étaient pas de nature uniquement procédurale, mais créaient de nouvelles responsabilités. Puisque leur application dans cette affaire aurait pour effet d'attribuer des conséquences préjudiciables à des agissements antérieurs, il estima que la présomption devrait s'appliquer. Pour un examen plus complet de cette question, voir les par. 257-269 de la décision du Tribunal.

[cx] *Wong* c. *Banque Royale du Canada* (le 15 juin 2001)D.T. 06/01(T.C.D.P.). Le Tribunal a rendu une autre décision rejetant une plainte qui reposait uniquement sur la crédibilité de témoins : *D'Arc Vollant* c. *Santé Canada et al.*(6 avril 2001), D.T. 4/01 (T.C.D.P.).

manque de crédibilité de la plaignante elle-même qui a conduit au rejet de la plainte. Une relation conflictuelle s'était développée entre la plaignante et son employeur, avec lequel elle travaillait depuis environ deux ans et demi. Des désaccords avaient surgi concernant les évaluations de rendement et l'incapacité de la plaignante à obtenir les promotions qu'elle estimait mériter. À un certain moment, son état dépressif fut tel qu'elle fut incapable de retourner au travail et que la Banque la mit en situation d'invalidité à court terme. Elle finit par recevoir également de la Banque des prestations d'invalidité à long terme. La plaignante affirma que sa difficulté à obtenir le poste pour lequel elle croyait être qualifiée, ainsi que le refus de lui donner accès à des programmes de formation, étaient dus au fait qu'elle était d'origine chinoise. Après qu'elle commença de recevoir des prestations d'invalidité, elle déposa une plainte dans laquelle elle affirmait que la Banque avait exercé une discrimination contre elle en lui refusant des possibilités d'emploi à cause de sa race et de son origine nationale ou ethnique et en refusant de composer avec sa déficience (stress et dépression). Sa plainte fut finalement modifiée pour englober la cessation de son emploi auprès de la Banque alors qu'elle recevait des prestations d'invalidité depuis environ deux ans.

La crédibilité de la plaignante fut sérieusement mise à mal parce que, selon le Tribunal, de nombreux faits permettaient d'affirmer qu'elle avait été sélective dans l'information révélée par elle et qu'elle avait adopté une stratégie empreinte de duperie et de contre-vérités. Ainsi, elle avait négligé de révéler aux compagnies d'assurance s'occupant de la police d'assurance-invalidité certains renseignements se rapportant à son statut professionnel, dissimulé à son employeur des renseignements se rapportant à son statut professionnel et induit des médecins en erreur à propos de renseignements personnels se rapportant à sa dépression. D'ailleurs, la Banque mit fin à l'emploi de la plaignante lorsqu'elle découvrit qu'elle travaillait dans une société de fiducie alors qu'elle recevait des prestations d'invalidité.
Vu l'absence de crédibilité de la plaignante, il n'était pas déraisonnable pour le Tribunal d'accorder un poids considérable aux dépositions d'autres témoins. Le Tribunal jugea que l'ensemble de la preuve corroborait l'opinion de la Banque selon laquelle la plaignante avait été traitée justement et équitablement pour ce qui est de l'évaluation de son rendement et de l'accès à des programmes de formation. Si la plaignante n'avait pu être admise au programme de formation des DASBP, ce n'était pas à cause de sa race ou de son origine ethnique, mais plutôt à cause de son manque de compétitivité par rapport aux autres candidats. Cette conclusion était renforcée par le fait que quatre candidats d'origine chinoise avaient été acceptés dans le programme à la suite du même concours auquel la plaignante s'était présentée. La Banque avait eu raison de mettre fin à l'emploi de la plaignante eu égard au manque d'honnêteté qu'avait montré celle-ci en recevant des prestations d'invalidité de la Banque alors qu'elle travaillait pour un autre établissement financier.

Les allégations selon lesquelles la Banque n'avait rien fait pour composer avec la dépression de la plaignante furent elles aussi rejetées par le Tribunal. Le Tribunal a fait remarquer que de nombreux éléments de preuve montraient que la Banque avait réagi d'une manière juste et raisonnable à l'état de santé de la plaignante, en soulignant que la plaignante avait reçu durant la pleine période de six mois des prestations d'invalidité à court terme, après quoi des prestations de longue durée lui avaient été versées jusqu'à ce que la Banque découvre son manque d'intégrité. S'agissant de l'affirmation de la plaignante selon laquelle c'est sa maladie qui était à la racine de son manque d'honnêteté, le Tribunal s'est référé à la preuve psychiatrique produite

durant l'audience, selon laquelle, en l'absence d'une psychose, un état dépressif n'empêche pas des décisions rationnelles. En bref, les malades mentaux ne mentent pas plus que les personnes saines d'esprit. Le manque d'honnêteté n'est tout simplement pas une maladie et ne peut donc être justifié en tant qu'élément d'un état dépressif général.

La crédibilité de l'auteur d'une plainte a également été mise en question dans l'affaire *Baptiste* c. *Service correctionnel du Canada*[cxi], où la plaignante affirmait qu'on n'avait pas évalué son rendement convenablement, qu'on lui avait refusé des possibilités d'avancement et de carrière et que, de façon générale, on avait dévalorisé son travail d'infirmière dans l'établissement de Matsqui à cause de sa race. La preuve montrait qu'il y avait beaucoup de conflits et d'animosité entre la plaignante et les autres membres du personnel de l'établissement de Matsqui. Il y avait aussi de l'hostilité dans sa relation avec les surveillants immédiats et dans ses rapports avec les détenus qui de temps à autre relevaient de sa responsabilité.

Le Tribunal a souligné d'emblée les difficultés qu'il avait à s'expliquer la mémoire sélective et apparemment défaillante de la plaignante au regard de divers incidents et documents intéressant les allégations de discrimination à propos desquelles avaient déposé divers témoins appelés par le Service correctionnel. Il a estimé que, pour accepter la déposition de la plaignante, il lui faudrait conclure que tous ces témoins « ont menti à la barre des témoins, que ces incidents ne sont jamais arrivés et que les documents qui prétendent relater les incidents étaient des inventions »[cxii]. Refusant de conclure de la sorte, le président du Tribunal a alors déclaré : [TRADUCTION] « Je ne sais pas si Gloria Baptiste ment consciemment lorsqu'elle dit qu'elle n'a pas reçu ces documents et que les discussions et incidents consignés ne sont jamais arrivés, ou si pour quelque raison sa mémoire est profondément défaillante. D'une manière ou d'une autre, je ne laisse pas d'avoir de sérieuses réserves sur la véracité générale de sa déposition. Par conséquent, sauf indication contraire, lorsque la déposition de Gloria Baptiste est en contradiction avec celles d'autres témoins, je donne la préférence aux dépositions des autres témoins »[cxiii].

L'ambiance qui régnait dans l'hôpital de la prison a été décrite dans la preuve comme une ambiance souvent marquée par la grossièreté, surtout à cause de l'attitude des détenus envers le personnel. Par exemple, il n'était pas rare pour les infirmières d'être appelées « douche bag » ou d'être comparées vulgairement à des organes sexuels féminins. Un infirmier était parfois appelé « tante » et « pédé ». Dans le cas de la plaignante, elle recevait souvent les épithètes de « chienne noire » et « négresse »[cxiv]. La preuve produite devant le Tribunal attestait d'une manière constante que l'intolérance raciale était généralisée parmi toute la population carcérale. Le dur climat de l'hôpital de la prison gagnait parfois la manière dont s'exprimaient également les

---

[cxi] *Baptiste (et Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Service correctionnel du Canada* (6 novembre 2001), D.T. 12/01(T.C.D.P.).

[cxii] *Ibid.* au par. 18.

[cxiii] *Ibid.* au par. 19.

[cxiv] *Ibid.* au par. 85.

divers membres du personnel. Le Tribunal constata que certains des collègues de la plaignante s'étaient parfois adressés à elle en des termes qui dénigraient sa race. Dans un moment d'exaspération, sa surveillante immédiate l'avait même appelée « maudite négresse », mais la plaignante n'était pas présente à ce moment-là et la surveillante s'était rapidement excusée auprès des autres employés qui avaient surpris ses propos. Le Tribunal a qualifié cette remarque de remarque incontrôlée[cxv], qui ne traduisait pas une attitude d'intolérance raciale.

En ce qui a trait aux évaluations de rendement de la plaignante, le Tribunal a conclu que sa surveillante était devenue de plus en plus contrariée par son attitude et son comportement, que les autres employés trouvaient la plaignante impolie, distante et peu disposée à collaborer, et que plusieurs graves erreurs de jugement avaient été à juste titre consignées dans les évaluations de rendement. Le Tribunal a estimé que la remarque « incontrôlée » mentionnée précédemment ne suffisait pas à établir que les mauvaises évaluations de rendement avaient été injustes ou qu'elles avaient été motivées par l'intolérance raciale. Il a souligné que la plainte ne concernait pas l'« environnement de travail délétère », mais plutôt la présumée injustice commise dans l'évaluation du rendement de la plaignante. Sur ce point, le Tribunal a jugé que les évaluations étaient détaillées et soignées et que la plaignante n'était pas traitée différemment de ses collègues au chapitre de l'évaluation du rendement.

Rejetant la plainte, le Tribunal fit observer que l'emploi de propos racistes chez les détenus devrait être découragé. Il a admis que cet état de fait pourrait sans doute ne jamais être éliminé complètement, mais selon lui il était troublant que de tels excès de langage trouvent aussi leur chemin dans le comportement du personnel du Service correctionnel. Même si la preuve produite dans cette affaire n'établissait pas que la plaignante avait été victime d'une intolérance raciale prenant la forme d'évaluations de rendement moins bonnes qu'elle l'espérait, ou de refus de possibilités d'avancement, le Tribunal souligna que la direction du Service correctionnel devrait prendre des mesures pour s'assurer qu'à l'avenir l'emploi d'épithètes racistes soit effectivement sanctionné.

Abstraction faite des questions de crédibilité, une allégation de discrimination peut échouer simplement à cause de l'insuffisance de la preuve présentée au Tribunal. Ce fut le cas dans l'affaire *Cizungu* c. *Développement des ressources humaines Canada*[cxvi], où il s'agissait d'un plaignant d'origine africaine qui avait travaillé du 5 janvier au 10 juin 1998 dans un centre d'appels à titre d'employé à durée déterminée (il répondait aux demandes de renseignements formulées en français). Cette période de temps englobait deux contrats successifs de travail à durée déterminée. Suite au refus du ministère de lui offrir un troisième contrat, le plaignant affirma qu'il avait été discriminé à cause de sa race, de sa couleur et de son origine nationale ou ethnique. À la date du dépôt de la plainte, le plaignant avait affirmé qu'aucune explication ne lui avait été donnée pour justifier le refus de renouveler son contrat. Toutefois, le plaignant a déclaré devant le Tribunal qu'un gestionnaire ministériel avait fait état de son accent africain pour expliquer le non-renouvellement de son contrat.

[cxv] *Ibid.* au par. 100.

[cxvi] *Cizungu* c. *Développement des ressources humaines Canada* (31 juillet 2001), T.D. 9/01(T.C.D.P.).

Deux témoins du ministère ont dit que la question de l'accent n'avait jamais été évoquée dans l'évaluation du rendement du plaignant. Les difficultés qui s'étaient posées concernaient les problèmes que connaissait le plaignant dans la communication, par exemple son manque de souplesse dans le choix des expressions, et ses réponses répétitives aux clients qui avaient du mal à comprendre. Les témoins ont aussi mentionné que la durée des appels auxquels répondait le plaignant était toujours plus longue que ceux dont s'occupaient ses collègues. Le Tribunal lui-même jugea que le léger accent du plaignant ne l'empêchait pas de se faire comprendre. Eu égard à tous ces facteurs (et au fait que la plainte initiale ne mentionnait pas la question de l'accent), le Tribunal a conclu que la raison du non-renouvellement du contrat n'avait aucun rapport avec l'accent africain du plaignant lorsqu'il parlait le français.

Âge

Dans l'affaire *Morris* c. *Canada (Forces armées canadiennes)*[cxvii], le Tribunal a été appelé à statuer sur un cas présumé de discrimination fondée sur l'âge. La plainte a été déposée en septembre 1996 par un membre des Forces armées canadiennes comptant de nombreuses années de service qui alléguait n'avoir pu obtenir une promotion au grade d'adjudant-maître en raison de son âge. Il a par la suite atteint l'âge de la retraite obligatoire, soit 55 ans, et a été libéré des Forces en 1999.

Les Forces canadiennes ont déclaré que, même si M. Morris avait les qualifications requises pour obtenir la promotion d'adjudant à adjudant-maître, la place qu'il occupait sur les listes annuelles de candidatures au mérite (déterminée en partie par les résultats de son évaluation du rendement) n'était pas assez élevée, selon les Forces canadiennes, pour justifier une promotion. Le nombre des promotions attribuées au cours d'une année donnée était limité et les priorités étaient établies en fonction des listes de promotion au mérite dressées chaque année.

L'évaluation du rendement des membres s'effectuait dans le cadre d'un processus annuel complexe auquel devaient participer les commandants immédiats et d'autres employés. Les résultats de l'évaluation de chaque sous-officier détenant un grade supérieur à celui de caporal étaient notés dans le Rapport annuel d'appréciation du personnel (RAP). L'évaluation consistait à attribuer une cote numérique à chaque composante « objective », mais le processus reposait dans l'ensemble sur l'appréciation faite par d'autres membres. De plus, le mérite relatif de divers adjudants était décidé à l'issue de rencontres qui se tenaient avant la mise au point définitive du RAP de chaque membre.

L'« évaluation quantitative »[cxviii] du rendement par rapport aux quatorze critères du RAP ne constituait qu'un seul des facteurs dont il était tenu compte pour établir la liste annuelle

---

[cxvii] *Morris* c. *Canada (Forces armées canadiennes)* (le 20 décembre 2001), D.T. 17/01(T.C.D.P.).

[cxviii] *Ibid.* au par. 23.

d'admissibilité par ordre de mérite. Le conseil national de promotion chargé de cette responsabilité évaluait également ce que l'on appelait les « possibilités » d'un membre. Cette catégorie regroupait divers facteurs pour lesquels était parfois indiqué le degré d'importance relative qu'il fallait leur accorder. Le conseil déterminait donc la place d'un membre sur la liste de promotion au mérite après avoir examiné son RAP et évalué ses « possibilités ».

Eu égard à la preuve directe indiquant que l'âge a joué un rôle dans la décision de refuser une promotion au plaignant, le Tribunal n'a pas été en mesure de conclure que l'opinion d'un adjudant-chef voulant que l'âge constituait un obstacle influait réellement sur l'établissement des listes applicables de candidatures au mérite. Il n'a pas jugé non plus que les observations informelles sur l'idée couramment admise dans les Forces à propos de l'âge suffisaient à prouver que le plaignant en l'espèce avait fait l'objet de discrimination. Le Tribunal a cependant reconnu que la preuve circonstancielle établissait bel et bien que, selon une opinion généralement répandue dans les Forces, les membres âgés n'étaient pas promus. Il a de plus insisté sur le fait que l'évaluation des « possibilités » d'un membre pouvait ajouter un élément de subjectivité au processus d'établissement des listes de promotion au mérite. Dans le cas du plaignant, le Tribunal a noté qu'il existait un écart important entre les notes élevées qu'il avait reçues dans le RAP et les notes plus faibles qu'on avait attribuées à ses « possibilités ». Cela s'est produit à une époque où le plaignant était, parmi les adjudants évalués, l'un des plus âgés, sinon le plus âgé. La preuve circonstancielle suffisait donc, de l'avis du Tribunal, à établir une preuve *prima facie* de discrimination démontrant que l'âge avait joué un rôle dans la décision de refuser une promotion au plaignant.

Le Tribunal a rejeté les explications fournies par l'intimé pour justifier le refus d'accorder une promotion au plaignant. Il a fait remarquer que si l'intimé rattachait à juste titre au potentiel d'un membre des facteurs tels que le perfectionnement des études, l'aptitude à communiquer, le leadership et l'expérience des déploiements et des missions opérationnelles, il n'avait présenté aucune preuve aux fins de comparaison qui aurait permis au Tribunal de déterminer s'il était justifié de donner au plaignant des notes inférieures à celles qui avaient attribuées à ses pairs.

Le Tribunal a ordonné, à titre de compensation, que le plaignant soit promu au grade d'adjudant-maître avec effet rétroactif au 1er septembre 1993, que l'intimé lui verse la différence par rapport à la solde à laquelle il aurait eu droit jusqu'à la date de sa retraite, soit le 1er avril 1999, et rajuste son indemnité de départ en fonction du grade qu'il aurait détenu au moment de sa retraite. Le Tribunal a ordonné en outre qu'une indemnité spéciale de 3 000 dollars soit versée au plaignant pour le préjudice moral qu'il a subi.

Diffusion de messages haineux par Internet

Le Tribunal a rendu récemment une importante décision concernant l'application du paragraphe 13(1) de la *LCDP* à un site Web qui affichaient des messages susceptibles d'exposer à la haine et au mépris des personnes de croyance et d'origine juives[cxix]. Le paragraphe 13(1) considère comme une pratique discriminatoire « le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon

[cxix] *Citron et CHRC et al.* c. *Zündel* (le 18 janvier 2002), .D.T. 1/02(T.C.D.P.)[ci-après *Zundel*].

répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable »[cxx] sur la base de critères illicites de discrimination. La plainte dont le Tribunal était saisi portait sur des documents qui, affichés dans une page d'accueil (Zündelsite) et accessibles sur le World Wide Web, dénonçaient dans des termes virulents le caractère présumé frauduleux de l'holocauste, les escrocs juifs/sionistes/marxistes qui, prétendait-on, mettaient sur pied un plan d'extorsion axé sur l'holocauste, la prétendue judaïsation et, dans sa foulée, la circoncision mentale et spirituelle de la civilisation occidentale, une longue liste de présumés mensonges propagés par le lobby juif ainsi que divers actes infâmes, escroqueries et supercheries qui auraient été commis par les Juifs[cxxi].

Avant de trancher la question essentielle de savoir si les documents diffusés sur le site Zündel semaient la haine ou le mépris, le Tribunal a examiné deux questions préliminaires soulevées par l'intimé (Ernst Zündel), à savoir : (i) qui contrôlait effectivement le site Zündel ? et (ii) utilisait-on un téléphone pour diffuser les documents sur le site Web ? L'intimé avait maintenu que le propriétaire et l'exploitant du site Web était un citoyen américain vivant aux États-Unis. À l'appui de son affirmation, il soulignait l'avis de rejet de responsabilité figurant au bas de la table des matières du site Zündel qui identifiait expressément M[me] A. Rimland comme la propriétaire et l'exploitante du site. Toutefois, le Tribunal disposait également de solides éléments de preuve établissant que M. Zündel participait directement à la rédaction, à la sélection et à la révision des documents publiés sur le site. Le Tribunal a fait remarquer que la *LCDP* n'exige pas de prouver qui est légalement propriétaire, mais d'établir plutôt que l'intimé, seul ou de concert avec d'autres, a fait diffuser les documents offensants. À cet égard, il a conclu ce qui suit : « Nous ne sommes pas persuadés que le seul fait d'inclure un avis de rejet de responsabilité au bas de la table des matières suffise à réfuter la preuve accablante démontrant que c'est M. Zündel qui contrôlait le Zündelsite. Nous ferons remarquer, en outre, que la *LCDP* prévoit expressément que des personnes puissent agir de concert avec d'autres pour diffuser des messages allant à l'encontre du paragraphe 13(1). Même si M[me] Rimland exerçait un certain contrôle, la preuve étaie la conclusion que, durant la période pertinente, elle a agi de concert avec l'intimé nommé[cxxii]. »

Ayant conclu que M. Zündel contrôlait le site et faisait diffuser les documents en question, le Tribunal est passé à la question de savoir si la diffusion de ces documents rentrait dans le champ d'application du terme « téléphone ». En dépit des témoignages d'experts divergents sur les termes qui décrivaient le mieux la communication Internet, le Tribunal a noté qu'au Canada, « les points d'accès au réseau et Internet font appel aux mêmes circuits ou lignes que ceux qui servent à l'activité téléphonique. La réalité commerciale est la même que dans le cas des internautes désireux d'entrer en communication avec leur FSI [fournisseur de services Internet] :

[cxx] Précité note 1 au par. 13(1).

[cxxi] Pour plus de détails, voir le résumé que le Tribunal a fait des documents et brochures inclus dans la preuve dont il disposait, précité note 118 au par. 120.

[cxxii] *Ibid.* au par. 44.

une proportion massive des liaisons entre le FSI et le fournisseur de dorsale Internet ou des transmissions entre fournisseurs de dorsale Internet font appel à des circuits qui font, et faisaient, partie intégrante du réseau téléphonique mondial. »[cxxiii] La relation de fait existant entre les communications Internet et les réseaux téléphoniques a donc soulevé la question de savoir s'il fallait interpréter les mots « utiliser un téléphone » du paragraphe 13(1) de la *LCDP* comme s'ils incluaient la diffusion de renseignements au moyen d'un site Web.

Le Tribunal est parti du principe que la législation sur les droits de la personne doit être interprétée en fonction de ses objectifs fondamentaux. Il s'est référé au résumé que la Cour suprême a fait de l'objet général de la *LCDP*, c'est-à-dire promouvoir l'égalité des chances indépendamment de considérations discriminatoires. S'agissant du préjudice causé à l'égalité que le paragraphe 13(1) vise à pallier, le Tribunal a repris la conclusion de la Cour suprême, à savoir que « les messages constituant de la propagande haineuse portent atteinte à la dignité et à l'estime de soi des membres du groupe cible et, d'une façon plus générale, contribuent à semer la discorde entre divers groupes raciaux, culturels et religieux, minant ainsi la tolérance et l'ouverture d'esprit qui doivent fleurir dans une société multiculturelle vouée à la réalisation de l'égalité[cxxiv]. » Le Tribunal a souligné que le paragraphe 13(1) avait pour objet non seulement de censurer les messages haineux qui pourraient très bien inciter ceux qui les ont écoutés à se livrer à d'autres actes discriminatoires (tel le refus d'embaucher une personne, de lui fournir un logement ou d'autres services), mais aussi d'éviter qu'une autre forme de préjudice soit causée aux membres d'un groupe diffamé qui sont l'objet de la communication. Voici les propos du Tribunal : « Autre élément important, les personnes soumises à la haine éprouvent une "réaction extrêmement douloureuse". Le simple fait d'être visé et étiqueté publiquement peut miner la dignité individuelle et l'estime de soi » [cxxv].

Eu égard aux objectifs de la *Loi* mentionnés plus haut, le Tribunal a refusé de limiter l'interprétation des mots « utiliser le téléphone » au dispositif classique de transmission de la voix. Selon lui, ces mots ont rapport au moyen utilisé pour transmettre la communication, et non pas simplement à l'appareil qui pourrait être utilisé : « Le fait que le message soit communiqué oralement (voix) ou visuellement (texte) ne modifie en rien son pouvoir d'influencer le destinataire ou d'humilier le sujet. En outre, l'appareil utilisé pour communiquer n'influe pas sur le caractère préjudiciable du message transmis. Le combiné téléphonique n'est pas le seul moyen efficace de transmettre des messages haineux.[...] De plus, nous sommes d'avis que l'interprétation que nous avons adoptée est la seule forme d'analyse qui puisse tenir compte facilement des progrès de la technologie et de son rythme d'évolution. Une interprétation statique du paragraphe 13(1), qui restreindrait la définition de la téléphonie à la transmission de la voix au moyen d'un appareil téléphonique classique, réduirait considérablement l'efficacité de la

---

[cxxiii] *Ibid.* au par. 66.

[cxxiv] *Ibid.* au par. 77. Le Tribunal a cité un extrait de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne)* c. *Taylor* [1990] 3 S.C.R. 892, p. 919 [ci-après *Taylor*].

[cxxv] *Ibid.* au par. 81.

LCDP comme moyen de promouvoir l'égalité » [cxxvi]. Le Tribunal a noté en outre que les messages haineux transmis par Internet posaient une plus grande menace, par rapport aux objectifs de la *Loi*, que les communications téléphoniques traditionnelles, en raison de la vaste quantité d'information qu'on peut communiquer et de la facilité avec laquelle on peut y accéder et la télécharger.[cxxvii].

La dernière question concernant l'interprétation des dispositions de la *Loi* (avant de trancher les questions constitutionnelles liées à la liberté d'expression) portait sur l'évaluation fondamentale des documents publiés sur le site Zündel. Étaient-ils susceptibles d'exposer une ou plusieurs personnes à la « haine » ou au « mépris » au sens où l'entend le paragraphe 13(1) ? Pour réaliser cette évaluation, le Tribunal a adopté l'avis de la Cour suprême suivant lequel les termes utilisés dans ce paragraphe s'appliquaient aux communications qui étaient susceptibles de susciter des « émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation »[cxxviii] à l'endroit des membres d'un groupe, ainsi qu'aux communications propres à rabaisser les membres d'un groupe ou à les traiter comme inférieurs. Il a jugé que les documents du site Zündel vilipendaient les Juifs avec « une hargne et une malice extrêmes » en les décrivant comme « des menteurs, des tricheurs, des criminels et des escrocs qui se livrent délibérément à une fraude monumentale dans le but d'extorquer des fonds[...][cxxix] En bref, le Tribunal a conclu que les lecteurs des documents en question « auront très peu d'estime pour les Juifs et éprouveront à leur endroit du mépris, du dédain, de la haine, du dégoût et de la répugnance. »[cxxx] Il a rejeté l'argument selon lequel M. Zündel ne faisait que participer à un débat historique permanent sur des événements passés, en faisant remarquer que l'intimé exprimait son point de vue dans des termes incendiaires et imprégnés d'antipathie à l'égard de tous les Juifs. Le Tribunal a admis qu'il doit y avoir largement la place pour un débat légitime sur les événements entourant la Seconde Guerre mondiale : « Si nous nous trouvions en l'occurrence devant un débat théorique où l'on s'exprime de façon neutre, notre analyse pourrait être fort différente. Toutefois, ces documents se distinguent, en raison du ton utilisé et de l'extrême dénigration des Juifs, de ce qui pourrait être permissible. À notre avis, c'est le lien entre la façon dont l'auteur perçoit les événements et l'extrême diffamation des Juifs qui en découle –

[cxxvi] *Ibid.* aux par. 85-86.

[cxxvii] L'interprétation que le Tribunal donne du paragraphe 13(1) repose en grande partie sur l'arrêt *Taylor* de la Cour suprême, lequel est antérieur aux progrès technologiques qui ont jeté les bases des communications Internet. Appliquant à l'affaire *Zündel* le raisonnement adopté dans *Taylor*, le Tribunal a déclaré : « Nous sommes conscients que la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Taylor*, a concentré son analyse sur l'utilisation d'un répondeur téléphonique pour transmettre des messages préenregistrés. Toutefois, rien dans cette décision ne restreint à notre avis l'application du paragraphe 13(1) à ce type d'appareil. Comme nous l'avons déjà indiqué, les principes directeurs énoncés par la majorité dans *Taylor* étayent la conclusion que nous avons tirée en ce qui touche les aspects de la plainte liés à l'interprétation de la *Loi.* » *Ibid.* au par. 98.

[cxxviii] *Ibid.* au par. 80, citant *Taylor* à 928.

[cxxix] *Ibid.* au par. 140.

[cxxx] *Ibid.*

leur dénonciation en tant que menteurs, escrocs, extorqueurs et fraudeurs – qui est susceptible de les exposer à la haine et au mépris » [cxxxi].

L'intimé a également contesté la validité constitutionnelle du paragraphe 13(1) de la *LCDP* en alléguant que cette disposition portait atteinte à la liberté d'expression garantie par l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Même si la Cour suprême du Canada avait déjà confirmé la validité constitutionnelle du paragraphe 13(1) dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne)* c. *Taylor*[cxxxii], l'intimé a adopté la position selon laquelle toute démarche en vue d'étendre la portée du paragraphe 13(1) aux communications Internet jetterait nécessairement le doute sur l'applicabilité de l'arrêt de la Cour suprême. Cette décision, a soutenu l'intimé, devrait être interprétée à la lumière de son ensemble particulier de faits, qui concernaient la communication d'un message au moyen d'un répondeur téléphonique. L'arrêt *Taylor*, considéré dans son contexte factuel, restreignait le moins possible la liberté d'expression, ce qui ne serait pas le cas si les conclusions de cet arrêt devaient donner au paragraphe 13(1) une interprétation qui englobe les communications Internet. Selon l'intimé, étendre l'application du paragraphe 13(1) aux communications Internet nécessitait de déterminer à nouveau si une telle restriction à la liberté d'expression était raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique (conformément à l'article premier de la *Charte*). L'intimé était d'avis qu'une telle réévaluation démontrerait que le paragraphe 13(1) ne constituait plus une limite raisonnable.

Le Tribunal a examiné en détail le raisonnement que la Cour suprême a suivi dans l'affaire *Taylor* pour appliquer les principes juridiques inhérents à l'analyse contextuelle en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a noté que la Cour suprême s'était occupée de déterminer si l'objet fondamental du paragraphe 13(1) était suffisamment important pour justifier une restriction de la liberté d'expression. La Cour a jugé que la promotion de l'égalité des chances et la protection des membres d'un groupe contre la souffrance psychologique causée par des messages haineux étaient des objectifs importants qui justifiaient l'imposition d'une limite raisonnable à la liberté d'expression. De plus, les mesures particulières énoncées au paragraphe 13(1) étaient jugées proportionnées à l'objectif visé, elles n'étaient pas arbitraires, inéquitables et irrationnelles, elles ne restreignaient pas plus que nécessaire la liberté d'expression, et leurs effets n'étaient pas graves au point de constituer une atteinte inacceptable à la liberté d'expression. La Cour saisie de l'affaire *Taylor* a également conclu que le fait de ne pas tenir compte de l'intention en vertu du paragraphe 13(1) n'allait pas à l'encontre du critère de la proportionnalité en vertu de l'article premier de la *Charte* :

> Manifestement, le paragraphe 13(1) n'exige pas l'intention d'exposer d'autres personnes à la haine ou au mépris en fonction de la race ou de la religion. Comme je viens tout juste de l'expliquer, le paragraphe 13(1) s'applique dans le contexte d'une loi relative aux droits de la personne. Par conséquent, l'importance d'isoler des effets (et donc de ne pas tenir compte de l'intention) justifie l'absence de l'exigence de *mens rea*. Je rappelle que l'effet de cette disposition est moins conflictuel que s'il s'agissait d'une interdiction pénale, car le cadre législatif

---

[cxxxi] *Ibid.* au par. 154.

[cxxxii] [1990] 3 R.C.S. 892.

> favorise un règlement par conciliation et n'autorise l'imposition d'une amende ou de l'emprisonnement que si la personne accomplit intentionnellement les actes prohibés par une ordonnance inscrite en Cour fédérale[cxxxiii].

Le Tribunal a reconnu que les faits particuliers de l'affaire *Zündel* pouvaient imposer des restrictions à la liberté d'expression qui allaient plus loin que celles intéressant l'affaire *Taylor*. Il s'est donc senti obligé de procéder à une analyse aux termes de l'article premier de la *Charte* pour déterminer si le paragraphe 13(1) constituait toujours une limite raisonnable à la liberté d'expression[cxxxiv]. Ainsi, il s'est situé encore une fois dans le contexte des objectifs fondamentaux de la *LCDP* et, plus particulièrement, du paragraphe 13(1) :

> À notre avis, les transformations technologiques qui modifient la nature et la portée de la téléphonie en tant que moyen de communication ne peuvent diminuer l'importance de l'objet énoncé au paragraphe 13(1), c'est-à-dire interdire les messages de haine et de mépris à l'endroit de groupes identifiables qui portent atteinte à la dignité et à l'estime de soi des personnes qui en font partie. La technologie Internet permet de transmettre des messages haineux de la nature de ceux qui étaient interdits dans *Taylor* en vertu du paragraphe 13(1). Par conséquent, nous concluons que, même si Internet crée un contexte qui est différent du contexte traditionnel de la téléphonie, la première condition du critère *Oakes* est satisfaite. L'intention du législateur d'empêcher que la propagande haineuse puisse causer un grave préjudice demeure un objectif urgent et réellement important, que les messages soient diffusés par le moyen décrit dans *Taylor* ou par Internet. [...] À notre avis, l'arrêt *Taylor* ne visait pas à restreindre la question de l'importance urgente et réelle aux faits présentés en preuve dans cette affaire. Nous ne voyons aucune raison d'interpréter aussi étroitement ce précédent, compte tenu de ce que la Cour a affirmé au sujet de l'objectif supérieur de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[cxxxv].

Le moyen choisi pour éliminer la propagande haineuse a également été jugé conforme au critère de la proportionnalité, malgré les différences entre les faits de l'espèce et les faits entourant

---

[cxxxiii] *Ibid.* aux pp. 935-936. Reproduit au par. 187 précité, note 118.

[cxxxiv] À cet égard, le Tribunal a conclu : « À notre avis, il existe des différences réelles entre les faits entourant l'affaire *Taylor* et les faits de l'espèce. En outre, il se peut qu'il existe en l'espèce des différences importantes relativement à l'effet sur la liberté d'expression qui exigent une nouvelle analyse et application des principes énoncés dans *Taylor*. La Cour suprême du Canada a eu à se pencher sur le téléphone en tant que moyen de communication; en l'espèce, nous avons affaire à un moyen de communication relativement nouveau qui est omniprésent et en plein essor : Internet. Il faut que les avantages pouvant découler du paragraphe 13(1) continuent de l'emporter sur la gravité de la restriction qu'il impose à la liberté d'expression lorsqu'on l'applique aux faits de l'espèce. » Précité, note 118 au par. 229.

[cxxxv] *Ibid.* aux par. 233-235.

l'affaire *Taylor*. Le Tribunal a souligné que la nature des messages visés par le paragraphe 13(1) s'écartait de la valeur fondamentale de la liberté d'expression et que l'objectif important de la *Loi* pouvait donc être atteint sans restreindre la liberté d'expression plus que nécessaire. Il a conclu qu'il convenait parfaitement d'établir un lien rationnel entre le paragraphe 13(1) et les messages diffusés de façon répétée sur Internet :

> La désapprobation des messages haineux par notre société n'est pas strictement subordonnée à leur diffusion au moyen d'un répondeur téléphonique. Le Parlement a parlé. Si le téléphone constitue un moyen idéal pour propager efficacement des croyances préjudiciables dans le cadre d'une campagne visant à influencer les croyances et attitudes du public, que dire de l'efficacité d'Internet pour transmettre efficacement de telles croyances? [...] Comme il met l'accent sur l'utilisation d'un téléphone de façon répétée pour transmettre des messages susceptibles d'exposer des personnes à la haine ou au mépris, le paragraphe 13(1) cible les vastes stratagèmes visant à diffuser publiquement de la propagande haineuse. De par sa structure, Internet est un moyen de communication sensible à cette analyse. Il nous est difficile de concevoir pourquoi on devrait pouvoir utiliser Internet, compte tenu de son omniprésence et de sa très grande accessibilité, pour propager des messages susceptibles d'exposer des personnes à la haine ou au mépris. On peut imaginer que ce nouveau moyen qu'est Internet est beaucoup plus efficace et mieux adapté à la diffusion de propagande haineuse[cxxxvi].

L'analyse fondée sur l'article premier que le Tribunal a faite des restrictions imposées à la liberté d'expression a été également appliquée à la plainte de l'intimé alléguant que le paragraphe 13(1) restreignait de façon abusive ses libertés de conscience et de religion aux termes de la *Charte*. Le Tribunal a ainsi conclu que les limites imposées aux libertés de conscience et de religion de l'intimé étaient raisonnables et justifiées dans une société libre et démocratique au sens où l'entend l'article premier de la *Charte*. Il a de plus rejeté l'argument de l'intimé suivant lequel le paragraphe 13(1) portait atteinte à ses droits « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » aux termes de l'article 7 de la *Charte*, étant donné que l'intimé n'avait souffert d'aucune restriction physique découlant d'une ordonnance d'interdit rendue par le Tribunal à l'égard des documents publiés sur le Zündelsite (d'où la protection garantie de sa liberté) et d'aucune atteinte à la sécurité de sa personne. Enfin, le Tribunal a rejeté les arguments selon lesquels les modifications apportées à la *LCDP* en vue d'élargir les pouvoirs du Tribunal en matière de réparation dans les cas de violation du paragraphe 13(1) créaient un cadre législatif qui n'était plus compatible avec les droits conférés par la *Charte*. Premièrement, ces modifications ne s'appliquaient pas en l'espèce puisqu'elles se rapportaient à des faits survenus avant l'adoption des modifications en question. Deuxièmement, on ne pouvait pas considérer le renforcement des sanctions établies par les modifications comme une démarche en vue de criminaliser les infractions déjà prévues. À cet égard, le Tribunal a repris les conclusions émises dans l'affaire *Taylor* : « Il est essentiel toutefois de reconnaître qu'en tant qu'outil expressément conçu pour empêcher la propagation des préjugés et pour favoriser la tolérance et l'égalité au sein de la collectivité, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* diffère nettement du *Code*

[cxxxvi] *Ibid.* aux par. 238 et 240.

criminel. La législation sur les droits de la personne, et en particulier le paragraphe 13(1), n'a pas pour objet de faire exercer contre une personne fautive le plein pouvoir de l'État dans le but de lui infliger un châtiment. Au contraire, les dispositions des lois sur les droits de la personne tendent plutôt, en règle générale, à éviter ce genre d'affrontement en permettant autant que possible un règlement par voie de conciliation et, lorsqu'il y a discrimination, en prévoyant des redressements destinés davantage à indemniser la victime » [cxxxvii]. Appliquant ce raisonnement à l'affaire dont il était saisi, le Tribunal a jugé que les modifications relatives aux redressements ne changeaient pas le caractère réparateur de la *LCDP* et ne remettaient pas en question sa validité constitutionnelle.

Compte tenu de ses conclusions, le Tribunal a ordonné à Ernst Zündel et à toute autre personne agissant en son nom de mettre fin aux pratiques discriminatoires associées au site Zündel qui se traduisaient par la diffusion des documents examinés par le Tribunal ou par la diffusion d'autres documents ayant sensiblement la même forme ou teneur. Le Tribunal a ainsi reconnu les limites du pouvoir « réparateur » en l'espèce :

> Il y a toujours la possibilité qu'un individu n'ayant absolument rien à voir avec un intimé nommé se livre à un acte discriminatoire similaire. Cependant, la technologie utilisée pour l'affichage de documents sur Internet amplifie ce problème, car il est permis de croire que cette technologie rend plus difficile la réalisation de l'objectif ultime de l'élimination de la diffusion par téléphone de tels documents. Néanmoins, nous avons en tant que Tribunal la responsabilité de nous prononcer sur les plaintes dont nous sommes saisis et de rendre une ordonnance si nous estimons que l'intimé a commis un acte discriminatoire. Nous ne pouvons nous laisser influencer indûment en l'espèce par ce que d'autres pourraient faire une fois notre ordonnance rendue. La Commission ou d'autres plaignants peuvent décider de déposer d'autres plaintes ou de réagir autrement comme bon leur semble s'ils jugent que la *Loi* a été violée à nouveau[cxxxviii].

ORDONNANCES INTERLOCUTOIRES DU TRIBUNAL

Retrait d'une partie avant l'audience

Deux plaintes de présumée discrimination fondée sur le sexe ont été soumises au Tribunal, pour être instruites ensemble dans une instance unique, vu qu'elles présentaient les mêmes points de fait et de droit[cxxxix]. Cependant, avant le début de l'audience, la plaignante informa les autres parties et le Tribunal qu'elle ne souhaitait pas aller plus loin dans cette affaire et elle se désista de

---

[cxxxvii] *Ibid.* au par. 256.

[cxxxviii] *Ibid.* aux par. 298-299.

[cxxxix] *Murphy (et Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Halifax Employers' Association and Halifax Longshoremen's Association (section locale 269)*(le 27 février 2001), décision sur requête n° 1 (T.C.D.P.).

sa plainte. La défenderesse exprima alors l'avis que l'instruction de la plainte ne répondait plus à un impératif d'intérêt public et que le Tribunal devrait se dessaisir de l'affaire. Cependant la Commission s'opposa à la demande de la défenderesse, en affirmant que le Tribunal n'avait aucun pouvoir d'appréciation en la matière et qu'il était tenu de continuer l'instance introduite. Elle a aussi soutenu que seule la Commission avait le pouvoir de dire si l'instruction d'une plainte devrait être cessée pour des motifs liés à l'intérêt public.

Le Tribunal fit observer que ce point devait être résolu en relation avec les objectifs fondamentaux de la *LCDP* : « En examinant la législation qui régit les plaintes de discrimination de compétence fédérale, il est important de garder à l'esprit que les plaintes relatives aux droits de la personne ne sont pas à strictement parler des différends privés. La législation sur les droits de la personne et son exécution servent des fins à la fois publiques et privées : le but public est l'élimination de la discrimination dans l'ensemble de la société; et le but privé est la détermination des droits et des réparations individuels dans des causes individuelles »[cxl]. Ces objets sont reflétés dans le fait qu'une plainte relevant de la *LCDP* peut être déposée par la victime de la présumée discrimination ainsi que par la Commission directement (art. 40). Au surplus, la *LCDP* accorde, dans une enquête entreprise devant le Tribunal, le statut de partie au plaignant, au défendeur et à la Commission, cette dernière devant représenter l'intérêt public (art. 50(1) et 51).

S'agissant des détails de cette affaire, le Tribunal fit observer que l'enquête prévue n'était fondée que sur deux plaintes individuelles, rien ne donnant à entendre que la Commission avait jamais envisagé d'exercer son pouvoir selon le par. 40(3) de la *LCDP*[cxli]. La *LCDP* prévoit que la Commission représente l'intérêt public dans une enquête sur des plaintes individuelles, mais cela ne fait pas de la Commission une partie à la plainte elle-même. Le Tribunal a donc conclu qu'il n'y avait entre la Commission et la défenderesse aucun litige autonome (procédure judiciaire) rendant possible la continuation de l'instance après le retrait de la plaignante. Essentiellement, après l'abandon des plaintes individuelles, il ne restait plus rien au Tribunal sur quoi enquêter.

Il peut y avoir des cas où la Commission elle-même décide de se retirer en tant que partie avant l'audience concernant une plainte individuelle. Cela s'est produit dans une affaire où la SRC était accusée de discrimination fondée sur la déficience (alcoolisme et dépression)[cxlii]. Le plaignant s'opposa à la décision inattendue de la Commission, prise trois jours seulement avant

---

[cxl] *Ibid.* au par. 12.

[cxli] Sur ce point, le Tribunal a fait l'observation suivante : « La *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit spécifiquement qu'il peut y avoir des situations où la Commission canadienne des droits de la personne peut vouloir prendre l'initiative d'une plainte en l'absence d'une plainte déposée par une personne. Si la Commission est d'avis que les plaintes de M[me] Murphy soulevaient des questions d'intérêt pour la Commission, la Commission est tout à fait libre de prendre l'initiative de plaintes contre les intimés en vertu de l'article 40(3) de la *Loi* ». *Ibid.* au par. 20.

[cxlii] *Sawyer et CCDP* c. *Société Radio Canada*(le 24 août 2001), Décision n°.2 (T.C.D.P.).[ci-après *Sawyer n° 2*].

le début prévu de l'audience, de se désister. À son avis, l'intérêt public ne serait pas servi si l'on permettait à la Commission de se désister, d'autant plus que la décision ne reposait sur aucune justification. Le plaignant demanda au Tribunal d'obliger la Commission non seulement à demeurer partie à la plainte, mais aussi de payer ses frais juridiques. Le Tribunal regretta l'inconvénient causé par le retrait tardif de la Commission, mais il jugea qu'il n'avait pas compétence pour évaluer les raisons fondamentales de la décision de la Commission. Il n'avait pas non plus le pouvoir d'ordonner à la Commission de prendre à sa charge les frais juridiques du plaignant.

L'incidence du décès d'un plaignant sur la poursuite d'une audience a été examinée par le Tribunal dans une affaire où l'on alléguait une discrimination fondée sur la déficience[cxliii]. Avant la date de l'audience, les parties informèrent le Tribunal qu'elles avaient décidé en principe de régler la plainte et qu'elles apportaient la touche finale au procès-verbal de conciliation. Malheureusement, le plaignant décéda avant que le procès-verbal de conciliation ne soit signé et que l'accord de transaction ne soit conclu.

L'avocat de la défenderesse informa le Tribunal que, vu le décès du plaignant, il n'existait plus aucun droit de demander réparation ou autre redressement selon la *LCDP*. Elle fondait sa position sur le principe de common law *actio personalis moritur cum persona* (l'action pour blessures s'éteint avec la vie de la victime) et sur le fait que la *LCDP* ni aucun autre texte législatif ne prévoyaient que la succession d'une personne décédée peut continuer une plainte devant le Tribunal.

Examinant la position de la défenderesse, le Tribunal jugea que la *LCDP* va au-delà de la défense des droits individuels et [TRADUCTION] « affirme l'intérêt public général d'une société exempte de discrimination »[cxliv]. Il a aussi noté que les parties qui comparaissent devant le Tribunal dans une plainte individuelle comprennent la Commission (qui représente l'intérêt public) et (sur ordonnance du Tribunal) les intervenants. La Commission peut aussi déposer une plainte directement. Le Tribunal a aussi évoqué les divers recours selon la *LCDP* qui vont au-delà du redressement particulier accordé à un plaignant, par exemple « l'ordonnance de cesser et de s'abstenir prononcée contre l'auteur de l'acte discriminatoire »[cxlv], et l'ordonnance enjoignant une personne « de prendre, en consultation avec la Commission, des mesures de redressement destinées à prévenir l'acte discriminatoire »[cxlvi]. À la lumière du régime général de la *LCDP*, le Tribunal a jugé qu'une plainte n'avait pas le caractère d'une « action » au point d'être englobée dans la règle de common law évoquée plus haut. Selon le Tribunal, décider autrement serait permettre qu'une maxime juridique « anachronique » (aujourd'hui abolie en Angleterre et dans les provinces de common law du Canada) « l'emporte sur l'objet et les objectifs de la *Loi*

[cxliii] *Stevenson (et Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (le 23 mars 2001), décision n° 1(T.C.D.P.).

[cxliv] *Ibid.* au par. 25.

[cxlv] *Ibid.* au par. 30.

[cxlvi] *Ibid.*

canadienne sur les droits de la personne »[cxlvii].

Témoins experts

Le Tribunal a examiné l'applicabilité, aux audiences tenues selon la *LCDP*, de dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*[cxlviii] (qui régit le nombre de témoins experts)[cxlix]. La question s'est posée lorsque le défendeur a remis à la Commission et à la plaignante une liste de 10 témoins experts qu'il se proposait d'appeler. L'avocat de la plaignante s'y est opposé, invoquant l'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui oblige une partie souhaitant appeler plus de cinq témoins experts à demander la permission du tribunal ou du juge[cl].

Le Tribunal a d'emblée souligné que, dans l'interprétation de lois adoptée par le même organe législatif, il fallait présumer la cohérence et l'uniformité. Cela signifie qu'une interprétation harmonieuse de la *Loi sur la preuve au Canada* et de la *LCDP* doit être favorisée. Le Tribunal a expressément refusé de se prononcer sur une disposition autre que l'art. 7 de la *Loi sur la preuve*, mais il a fait observer que la *Loi*, considérée globalement, renferme un ensemble de principes fondamentaux applicables à toute instance. La *Loi sur la preuve* étant une *Loi* d'application générale (« un ensemble de règles de preuve très détaillé et mûrement arrêté »[cli]), elle « ne devrait être éclipsée que si telle était manifestement l'intention du législateur »[clii].

Le Tribunal a aussi fait une distinction entre les règles de fond en matière de preuve, qui régissent les questions de recevabilité, et les règles qui concernent des questions de pratique et de procédure. L'art. 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* entre plutôt dans la deuxième catégorie. Le Tribunal a estimé que cette distinction avait son importance si l'on voulait éviter toute impression de conflit entre l'art. 7 et les dispositions de l'al. 50(3)*c*) de la *LCDP* qui habilitent le Tribunal à recevoir des éléments de preuve indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire.

[cxlvii] *Ibid.* au par. 33.

[cxlviii] *Loi sur la preuve au Canada,* L.R.C. 1985, ch. C-5.

[cxlix] *Alliance de la fonction publique du Canada (et Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Ministre du personnel du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest* (25 juillet 2001), décision n° 9 (T.C.D.P.) [ci-après *GTNO n° 9*].

[cl] L'article 7 est rédigé ainsi : « Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside ».

[cli] Précité note 148 au par. 11.

[clii] *Ibid.*

Le Tribunal a jugé aussi que l'objet fondamental de l'art. 7, qui est d'offrir toutes les possibilités de produire des éléments de preuve sans transformer l'instance en un défilé de spécialistes, s'accorde bien avec l'objet de la *LCDP*. Loin de réduire le pouvoir du Tribunal, la disposition en question élargit, pourrait-on dire, le pouvoir du Tribunal de conduire la procédure. Concluant que l'art. 7 s'applique aux audiences en matière de droits de la personne, le Tribunal a qualifié cette disposition de « compromis raisonnable »[cliii], en ajoutant qu'il ne voyait aucunement pourquoi une partie ne devrait pas expliquer les raisons qui font qu'elle a besoin de plus de cinq témoins experts pour présenter ses arguments.

Il existait une jurisprudence selon laquelle l'art. 7 s'applique à chaque point de fait qui est soulevé, mais le Tribunal a préféré interpréter la règle de cinq témoins experts comme une règle s'appliquant au nombre total de témoins experts qu'une partie entendait appeler pour démontrer l'ensemble de ses arguments. Selon le Tribunal, une autre interprétation « permettrait de citer un nombre presque illimité de témoins au cours d'un procès, particulièrement dans une affaire complexe, et priverait le Tribunal de son pouvoir de réglementer le déroulement de la procédure »[cliv].

L'accès aux documents préliminaires ou provisoires ayant servi à préparer des témoignages d'experts a été examiné dans une décision interlocutoire récente du Tribunal[clv]. La défenderesse dans cette affaire avait demandé des réponses à plusieurs questions écrites posées par le comité d'évaluation appelé à évaluer des postes aux fins de l'équité salariale. Le document qui en avait résulté, introduit comme pièce lors de l'audience, servit de fondement pour le témoignage d'opinion du témoin expert. La défenderesse fit valoir qu'il importait de comprendre le processus par lequel le document final avait été produit, en particulier la nature des discussions et échanges qui avaient eu lieu entre les membres du comité. Elle a donc demandé communication des documents préliminaires et provisoires, ainsi que des réponses et commentaires, qui avaient conduit à l'adoption finale du rapport du comité. Les autres parties se sont opposées à cette demande, notamment parce qu'il serait contraire à l'intérêt public d'établir un précédent imposant la production devant le Tribunal des notes, observations et écritures provisoires de spécialistes. Selon les autres parties, une telle règle ouvrirait tout simplement la porte à la destruction systématique des pièces préliminaires, auxquelles pourrait s'appliquer une ordonnance de communication, après qu'un document final a été produit.

Pour décider ce point, le Tribunal a examiné plusieurs précédents contradictoires. Certains excluaient la communication de ces documents préliminaires en invoquant la notion de privilège

---

[cliii] *Ibid.* au par. 28.

[cliv] *Ibid.* au par. 32. L'examen détaillé de la jurisprudence par le Tribunal se trouve aux paragraphes 29-44. Il convient de noter que le Tribunal a conclu que la décision maîtresse invoquée pour dire que l'art. 7 devrait s'appliquer à chaque point soulevé, plutôt qu'à l'ensemble des arguments d'une partie, avait été rendue par inadvertance. Le Tribunal a donc estimé que ce précédent particulier pouvait avec raison être ignoré.

[clv] *Alliance de la fonction publique du Canada (et la Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Société canadienne des postes* (le 23 octobre 2001), décision n° 4(T.C.D.P.).

lié au litige. Ces précédents considéraient ce privilège comme l'équivalent du privilège du secret professionnel de l'avocat, auquel s'appliquait un niveau très élevé de confidentialité. Pour d'autres précédents, la notion de privilège lié au litige se distinguait du privilège appliqué à la relation entre l'avocat et son client. Ils posent pour principe que, dès lors qu'un témoin expert est appelé à témoigner dans une audience, tout privilège lié au litige qui pouvait exister à propos des documents préliminaires est automatiquement abandonné. Sans vouloir régler d'une manière définitive le conflit entre les deux courants jurisprudentiels, le Tribunal a conclu qu'une règle de pertinence devrait s'appliquer aux documents demandés. Il a estimé qu'il était effectivement opportun de comprendre le processus par lequel le comité était arrivé à son opinion concernant l'évaluation des postes. En conséquence, le Tribunal ordonna que les documents provisoires et les réponses à ces documents soient produits et communiqués à la défenderesse, des copies étant remises à toutes les autres parties.

Dossiers médicaux

La règle de confidentialité qui s'applique à la relation entre un médecin et son patient pourrait devoir être mise en équilibre avec le droit d'un défendeur, dans une plainte en matière de droits de la personne, de produire une réponse et une défense en bonne et due forme. Le Tribunal a statué sur une demande d'accès à des dossiers médicaux dans un cas où la plaignante demandait réparation pour douleurs et souffrances[clvi]. Le Tribunal a jugé que les droits d'une personne à la confidentialité et à la vie privée pouvaient être abandonnés expressément ou que leur abandon pouvait être déduit des agissements de cette personne. Il a fait observer que l'introduction d'une procédure judiciaire devant une cour de justice pour blessures corporelles causées par la faute d'un tiers confère aux dossiers médicaux du demandeur une importance vitale pour une solution juste et équitable du différend. Appliquant ce raisonnement aux procédures en matière de droits de la personne, le Tribunal a jugé que « la plaignante, lorsqu'elle réclame une indemnisation pour des douleurs et souffrances, accepte implicitement certaines intrusions dans sa vie privée ainsi que la possibilité que l'intimée puisse avoir accès à ses dossiers médicaux ou, de façon générale, à des renseignements personnels sur sa santé. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que la plaignante accorde à l'intimée la permission de scruter les aspects privés de sa vie qui ne sont pas liés à sa réclamation ou qui ne sont pas potentiellement pertinents pour trancher le litige de façon appropriée »[clvii].

Le Tribunal a appliqué cette règle de la pertinence aux dossiers demandés dans cette affaire et a ordonné la communication de divers documents en la possession de médecins nommément désignés et autres fonctionnaires du système de santé. Toutefois, le Tribunal a ordonné que les documents ainsi produits soient examinés par le président qui déterminerait ainsi leur recevabilité comme preuve. Il a aussi indiqué que les parties avaient accepté que le Tribunal passe au crible les documents afin de déterminer lesquels se rapportaient effectivement aux problèmes médicaux en cause. Cet arrangement permettrait ainsi « de protéger comme il se doit le droit de la plaignante au respect de sa vie privée et son droit à la confidentialité de ses dossiers

---

[clvi] *McAvinn (et Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Strait Crossing Bridge Limited* (le 3 janvier 2001) décision n° 3(T.C.D.P.).

[clvii] *Ibid.* au par. 9.

médicaux, sans priver l'intimée de son droit d'avoir accès à tous les renseignements pertinents et de présenter une défense pleine et entière. Le processus convenu empêchera les atteintes indues et vexatoires aux droits de la plaignante, étant donné que le tribunal sera en mesure d'exercer une surveillance et un contrôle sur les procédures qui doivent être entreprises avant la production de tout document pertinent »[clviii].

Application de la *LCDP* à la Chambre des communes

Une plainte de discrimination déposée contre le président de la Chambre des communes a soulevé la question suivante : le principe de l'immunité parlementaire est-il assez étendu pour empêcher un employé de déposer une plainte selon la *LCDP*[clix] ? Le président de la Chambre a fait valoir que toute matière se rapportant à l'emploi de personnes par une assemblée législative telle que la Chambre des communes échappait à la compétence du Tribunal.

D'autres décisions judiciaires ont incliné à suivre un critère plus élaboré lorsqu'était revendiquée l'immunité (ou privilège) parlementaire. Comme le Tribunal l'a fait observer, l'immunité parlementaire avait pour objet de protéger les fonctions essentielles et la dignité, l'intégrité ainsi que l'efficacité des organes législatifs. Une revendication d'immunité doit donc être évaluée au regard de ces objets fondamentaux. S'agissant des relations de travail, le Tribunal a approuvé le raisonnement apparaissant dans un jugement ontarien récent[clx], selon lequel il faut se demander si la réclamation d'un employé contre l'organe législatif intéresse des matières qui sont au cœur des travaux et des fonctions essentielles de l'organe législatif. Si tel est le cas, le principe de l'immunité aura pour effet de faire obstacle à l'intervention des tribunaux. L'examen d'une revendication de privilège par rapport à cette norme fera que les abus possibles ne pourront être dissimulés mal à propos. Le Tribunal a résumé sa manière de voir en adoptant le conseil suivant : « [TRADUCTION] Tout en prenant soin de ne pas nuire aux travaux de l'assemblée législative, les tribunaux doivent veiller à ne pas étendre la portée du privilège parlementaire au point de porter atteinte indûment aux droits des citoyens de s'adresser aux tribunaux pour des questions qui n'entravent pas les travaux de l'assemblée législative »[clxi].

S'agissant de l'affaire dont il était saisi, le Tribunal a conclu qu'il n'était pas nécessaire de protéger la dignité, l'intégrité et l'efficacité de la Chambre des communes au point d'exclure en principe l'application normale des lois sur les droits de la personne. Plus précisément, l'emploi du plaignant comme chauffeur du président de la Chambre ne constituait pas une matière qui

---

[clviii] *Ibid.* au par. 20.

[clix] *Vaid (et Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Chambre des communes et l'honorable Gilbert Parent* (le 25 avril 2001), décision n° 1(T.C.D.P.)[ci-après *Vaid no. 1*]. Appel a été interjeté de la décision du Tribunal à la Cour fédérale, dont le jugement est discuté plus loin sous la rubrique *Contrôle judiciaire des décisions du Tribunal.*

[clx] *Ibid.* au par. 9. Voir *Soth* v. *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly)*(1997), 32 O.R. (3d) 440 (Ont. Div. Ct.).

[clxi] Précité note 158 au par. 28.

entrait dans les opérations essentielles de la Chambre. Par conséquent, la Cour fédérale a jugé que le Tribunal avait la compétence nécessaire pour instruire la plainte de discrimination.

Dans une opinion dissidente, un membre du Tribunal s'est dissocié des conclusions des membres majoritaires. Elle a souscrit au critère fondamental à appliquer (le sujet considéré s'inscrit-il dans la catégorie nécessaire de sujets sans lesquels l'efficacité et la dignité de la Chambre ne sauraient être maintenues ?), mais elle a estimé que « l'opinion qui prévaut dans les décisions judiciaires et arbitrales veut que la nomination et la gestion du personnel s'inscrivent vraiment dans le privilège parlementaire de la Chambre des communes et de son président »[clxii]. Par ailleurs, ce privilège existe en tant que sujet de droit constitutionnel et ne peut être altéré ou modifié par les dispositions générales de la *LCDP*. C'est le Parlement lui-même qui détient le pouvoir constitutionnel de légiférer sur l'étendue de son immunité, et l'on peut supposer qu'il légiférerait ainsi d'une manière claire et sans équivoque. La *LCDP* est un texte de nature quasi constitutionnelle (qui a donc préséance sur les autres lois en cas d'incompatibilité), mais il ne peut avoir pour effet de supprimer un privilège parlementaire qui bénéficie d'une protection constitutionnelle.

Compétence concurrente

Une plainte soumise au Tribunal avait déjà été l'objet à la fois d'une procédure de règlement de griefs et d'une demande au Conseil canadien des relations de travail[clxiii]. La défenderesse s'est donc opposée à ce que l'affaire soit de nouveau jugée devant le Tribunal des droits de la personne, en invoquant un arrêt de la Cour suprême du Canada selon lequel « lorsque le caractère essentiel d'un différend découle d'une convention collective, le demandeur doit recourir à l'arbitrage »[clxiv]. Cependant, le Tribunal a fait observer que l'arrêt en question n'avait pas supprimé toute possibilité de compétence concurrente entre les arbitres du travail et les instances officielles des droits de la personne. S'agissant de l'affaire dont il était saisi, le Tribunal n'était pas non plus convaincu que la nature essentielle de la plainte découlait de la convention collective. Cependant, il a indiqué que des arguments fondés sur la préclusion pour question déjà tranchée et sur l'autorité de la chose jugée pourraient théoriquement être soulevés par la défenderesse. Aucun argument du genre n'avait en réalité été avancé, empêchant ainsi le Tribunal de rendre jugement à leur sujet à ce moment-là. La demande de la défenderesse sur la question de la compétence a donc été rejetée.

Incidence du jugement Bell (Section de première instance)

Le jugement de la Cour fédérale (le 2 novembre 2000) dans l'affaire *Bell Canada* [redacted] *ACET et al.*[clxv], qui concernait l'impartialité et l'indépendance du Tribunal, a été invoqué plus tard pour

---

[clxii] *Ibid.* au par. 15 de l'avis dissident.

[clxiii] *Quigley (et Commission canadienne des droits de la personne)* c. *Ocean Construction Supplies* (17 septembre 2001), décision n° 2 (T.C.D.P.).

[clxiv] *Ibid.* au par. 4. L'arrêt de la Cour suprême est *Weber* c. *Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929.

[clxv] *Bell Canada* c. *CTEA, CEP and Femmes Action et la CCDP*,[2001] 2 C .A. 392(D.T.).

contester la légalité d'audiences portant sur plusieurs plaintes distinctes et non reliées[clxvi]. Dans chaque cas, le Tribunal est arrivé à la conclusion que le raisonnement de la Cour fédérale dans l'affaire *Bell* ne se limitait pas à la résolution de plaintes à propos desquelles des directives avaient été émises. Il a jugé que « le problème que posent les directives découle des dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui confèrent à la Commission *le pouvoir* d'émettre des directives, et non de l'existence des directives proprement dites »[clxvii]. Par conséquent, la question de l'absence apparente d'impartialité se posait même dans les cas qui n'avaient aucun lien avec les directives en matière d'équité salariale.

Le Tribunal a aussi conclu que l'atteinte à l'indépendance du Tribunal en raison du pouvoir du président de proroger le mandat d'un membre, si ce mandat devait expirer durant l'instruction d'une affaire, ne dépendait pas de la manière dont ce pouvoir était exercé dans un cas donné. Il s'ensuivait donc que la durée du mandat d'un membre était sans rapport avec le problème institutionnel constaté par la Cour fédérale[clxviii].

Vu la portée de la décision de la Cour fédérale, ainsi que sa nature contraignante, le Tribunal s'est vu contraint d'ajourner l'instance *sine die* dans les divers cas mentionnés ici. Néanmoins, il l'ajourna à regret, faisant observer que « il est bien établi qu'il est dans l'intérêt public que les plaintes de discrimination soient traitées de façon expéditive. Ma décision d'ajourner l'instruction de cette plainte pour une période indéterminée ne sert pas l'intérêt public... Cependant, l'intérêt public ne peut être servi par une justice expéditive : les Canadiens en cause dans une instance relative aux droits de la personne ont droit à une audience devant un Tribunal équitable et impartial. Or, selon la Cour fédérale, le Tribunal canadien des droits de la personne ne possède pas de tels attributs »[clxix].

Les incidents procéduraux d'une affaire donnée peuvent entraîner une conclusion selon laquelle

---

[clxvi] *Perley* c. *Bande de Tobique* (22 mars 2001), décision n° 1 (C.H.R.T.), *Premakumar* c. *Lignes aériennes Canadien International* (12 avril 2001) décision n° 1 (T.C.D.P.), *Parent* c. *Lignes aériennes Royal* (12 avril 2001), décision n° 1(T.C.D.P.), *Wilkinson* c. *B.C. Telephone Company* (21 mars 2001), décision n° 1(T.C.D.P.), *Jackson* c. *Sergent d'état-major Robert Taubman* (17 janvier 2001) décision n° 1(T.C.D.P.), *Rampersadsingh* c. *Dwight Wignall* (le 24 janvier 2001) décision n° 1 (T.C.D.P.), *Caza* c. *Télé-Métropole* (le11 avril 2001) décision n° 1 (T.C.D.P.).

[clxvii] In *Perley* c.*Tobique Band, ibid.* au par. 7.

[clxviii] Dans l'affaire *Kanags Premakumar* c. *Lignes aériennes Canadien International*, précité par.11, le Tribunal s'est exprimé ainsi : « Je juge non avenu l'argument voulant qu'il y ait très peu de risques que le mandat d'un membre arrive à échéance avant la conclusion de la procédure et que, par conséquent, la question de la prolongation des mandats ne risque pas d'être soulevée. La juge Tremblay-Lamer conclut à une déficience dans la Loi qui concerne non pas les modalités de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du président dans une affaire donnée, mais plutôt l'existence proprement dite de ce pouvoir discrétionnaire ».

[clxix] *Ibid.* aux par. 23-24.

une partie a renoncé à son droit de s'opposer à des audiences pour cause de parti pris institutionnel apparent ou de manque apparent d'indépendance. En fait, une partie est tenue de soulever ces points à la première occasion raisonnable au cours de la procédure. Le Tribunal a recensé les raisons qui justifient l'imposition de cette obligation aux parties à une audience : « Plusieurs raisons militent en faveur d'une telle ligne de conduite. Le fait de soulever une objection en temps opportun permet un règlement rapide du litige. De plus, les parties n'ont pas à engager inutilement des dépenses pour se préparer à une audience qui sera peut-être annulée à la dernière minute. Enfin, le fait de disposer rapidement d'une objection permet au Tribunal d'assurer une gestion plus efficace des cas, de déterminer les affectations de ses membres et de faire une utilisation optimale des ressources financées à même les deniers publics »[clxx]. Dans deux affaires, le Tribunal a conclu que les défendeurs qui avaient soulevé la question de l'impartialité ne l'avaient pas fait à la première occasion raisonnable, et qu'ils avaient donc renoncé à leurs droits à cet égard[clxxi]. Il n'y avait par conséquent pas d'autre obstacle à la poursuite des audiences sur le fond des plaintes originales[clxxii].

Finalement, trois décisions du Tribunal ont été rendues après que la Cour d'appel fédérale eut infirmé le jugement de la Section de première instance concernant les questions d'impartialité et d'indépendance[clxxiii]. Dans les trois cas, le raisonnement de la Cour d'appel a été appliqué, et les contestations de la compétence du Tribunal ont été rejetées. Par ailleurs, la possibilité qu'un défendeur fasse appel de l'arrêt de la Cour d'appel à une juridiction supérieure a été jugée sans incidence sur la question de savoir si une audience commencée devant le Tribunal devrait être ajournée.

[clxx] Voir *Perley* c. *Bande de Tobique*, *précité* note 165 au par. 15. Vu les incidents procéduraux de cette affaire, le Tribunal a conclu que le droit d'opposition n'avait pas été abandonné.

[clxxi] *Stevenson* c. *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (23 mars 2001) décision n° 1 (T.C.D.P.), *Corbeil* c. *Pro North Transportation et Brian Glass* (15 février 2001), décision n° 1 (T.C.D.P.).

[clxxii] Mention devrait être faite aussi d'une décision du Tribunal qui a autorisé la continuation partielle d'une audience (en dépit de la décision *Bell*) afin qu'un témoin expert puisse achever sa déposition. La reprise de l'audience à cette fin seulement fut jugée nécessaire pour éviter des délais futurs considérables dans l'achèvement de cette déposition. Voir *Alliance de la fonction publique du Canada* c. *Société canadienne des postes* (le18 avril 2001), décsion n° 3 (T.C.D.P.).

[clxxiii] *Banque Laurentienne du Canada* c. *Commission canadienne des droits de la personne* (27 juin 2001 décision n° 1 (T.C.D.P.), *Larente* c. *SRC* (5 juillet 2001), décision n° 1 (T.C.D.P.), *Sawyer* c. *Société Radio-Canada* (le 3 juillet 2001), décision n° 1 (T.C.D.P.).

QUESTIONS PROCÉDURALES ET INTERLOCUTOIRES

Application de la *LCDP* aux Premières nations

Une contestation constitutionnelle de la compétence du Tribunal des droits de la personne pour instruire une plainte déposée contre une entreprise appartenant intégralement à la Nation crie Ermineskin (la « Nation Ermineskin ») a récemment été déposée par avis introductif d'instance devant la Cour du banc de la Reine de l'Alberta[clxxiv]. L'exception d'incompétence a été soulevée à l'origine lorsque la Commission demanda à la Nation Ermineskin de répondre à une plainte qu'elle avait reçue et qui concernait une cessation d'emploi pour cause de déficience. La Nation Ermineskin a fait valoir que son droit à l'autonomie gouvernementale selon l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*[clxxv] rendait la *LCDP* inapplicable à ses activités. La Commission exprima l'avis qu'elle avait compétence pour enquêter sur la plainte et renvoya donc l'affaire au Tribunal des droits de la personne pour décision.

La Nation Ermineskin demanda à la Cour de suspendre l'instance au motif que le Tribunal n'avait pas compétence pour décider le point constitutionnel sous-jacent ou, s'il avait cette compétence, au motif que la Cour du banc de la Reine devrait exercer sa compétence concurrente en tant que forum le plus adéquat pour instruire l'affaire et pour accorder la réparation qui s'imposait. Examinant la requête de la Nation Ermineskin, la Cour a d'abord considéré plusieurs arrêts de la Cour suprême qui reconnaissent le pouvoir d'un tribunal administratif de déterminer l'incidence de la *Charte des droits et libertés*[clxxvi] sur sa loi d'habilitation, pour autant que le tribunal concerné ait par ailleurs le pouvoir de trancher des questions de droit. Elle a souligné cependant que ce pouvoir d'un tribunal administratif ne s'étend pas à une déclaration d'invalidité et « se limite à refuser d'appliquer une disposition qu'il a jugée inconstitutionnelle »[clxxvii]. Par ailleurs, le pouvoir décisionnel d'un tribunal administratif en la matière est sujet au contrôle des cours de justice, qui ne seront nullement tenues d'acquiescer à sa décision. S'agissant du Tribunal des droits de la personne, sa loi d'habilitation lui donne clairement le pouvoir de décider tous les points de droit ou de fait que soulève l'affaire dont il est saisi. La Cour a donc conclu, se fondant sur les arrêts de la Cour suprême relatives à la *Charte*, que le Tribunal était pleinement compétent pour répondre aux questions intéressant la validité constitutionnelle de sa loi d'habilitation.

[clxxiv] *La Nation crie Ermineskin* c. *La Reine du chef du Canada, le Tribunal canadien des droits de la personne et la Commission canadienne des droits de la personne* (le 7 septembre 2001), 2001 ABQB 760 , n° 9903 18454 (Alta.QB)[ci-après *Ermineskin*].

[clxxv] *Loi constitutionnelle de 1982*, soit l'annexe B de la *Loi sur le Canada* (R. U.), 1982, c. 11 [ci-après *Loi constitutionnelle de 1982*]. La disposition en question (l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) prévoit que : « Les droits existants - ancestraux ou issus de traités - des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ».

[clxxvi] Précité note 2.

[clxxvii] Précité note 173 au par. 20.

La Cour a pris acte des tentatives de la Nation Ermineskin de faire une distinction entre les points examinés dans les décisions de la Cour suprême relatives à la *Charte* et les points soulevés au regard de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais elle s'est vue contrainte de suivre la jurisprudence qui établissait clairement que les tribunaux administratifs sont pleinement habilités à définir les limites de leur propre compétence[clxxviii]. Selon elle, il n'y avait aucune raison en principe pour faire une distinction [TRADUCTION] « entre les questions se rapportant à la *Charte* et les questions se rapportant à l'art. 35, dans le contexte de la compétence du Tribunal pour examiner les questions constitutionnelles. Dans l'un et l'autre cas, le décideur applique simplement les critères énoncés dans la jurisprudence pour savoir si le droit revendiqué est protégé par la Constitution »[clxxix].

Même si la Cour du banc de la Reine était liée par les décisions des juridictions supérieures, elle a exprimé l'avis que [TRADUCTION] « les points qui seront décidés dans cette affaire, les règles juridiques qui seront plaidées et les preuves qui seront produites à propos de l'exception d'incompétence vont bien au-delà de la nature des enquêtes dont le Tribunal est généralement saisi ou qui sont envisagés par la *LCDP* »[clxxx]. Elle a jugé que ces facteurs sont utiles pour déterminer si une cour de justice selon l'art. 96 (ce qu'était manifestement la Cour du banc de la Reine) devrait exercer son incontestable compétence concurrente pour résoudre une question constitutionnelle. Dans l'affaire qui lui était soumise, la Cour a souligné que [TRADUCTION] « ... une audience fondée sur l'art. 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] éloignerait considérablement le Tribunal de son champ d'expertise et l'obligerait à se prononcer sur de difficiles questions de preuve ainsi qu'à se pencher sur des preuves historiques complexes »[clxxxi]. Par ailleurs, il semblait inévitable qu'une partie ou une autre solliciterait le contrôle judiciaire de toute décision du Tribunal, retardant ainsi davantage le moment où serait étudiée quant au fond l'allégation d'acte discriminatoire. Selon la Cour, la complexité même des questions soulevées ferait courir le risque d'un détournement des ressources destinées à l'arbitrage d'autres plaintes relevant de la compétence de la Commission et retarderait encore davantage le traitement des réclamations. Finalement, la Cour a fait observer que, même si le Tribunal est sans doute compétent pour décider une question constitutionnelle, il ne peut rendre une décision déclarative d'invalidité et ses décisions n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Pour toutes ces raisons, la Cour a estimé qu'elle était la mieux placée pour entendre les arguments constitutionnels. Elle a donc accordé une suspension de l'instance, mais sous réserve de plusieurs conditions, la plus

---

[clxxviii] Elle a reproduit les propos tenus par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée* c. *Bande indienne de Matsqui* [1995] 1 R.C.S. 3, aux pages 25-26 : « Il est maintenant établi que les décisions des tribunaux administratifs n'ont certes pas l'autorité de la chose jugée, mais que ces tribunaux peuvent néanmoins examiner les limites de leur compétence. Évidemment, leurs décisions à cet égard ne doivent être entachées d'aucune erreur et, en règle générale, les cours de justice ne font pas preuve de beaucoup de retenue à l'égard de telles décisions. » Cité dans *Ermineskin*, précité note 173 au par. 44.

[clxxix] *Ibid.* au par. 51.

[clxxx] *Ibid.* au par. 52.

[clxxxi] *Ibid.* au par. 64.

importante étant la condition que la Nation Ermineskin introduise devant la Cour dans un délai de 30 jours une instance en règle portant sur la question constitutionnelle sous-jacente. La Cour a ajouté que, à défaut pour la Nation Ermineskin de respecter ce délai de 30 jours, la suspension d'instance serait levée et le Tribunal serait autorisé à poursuivre son audience.

Communication de preuves documentaires

Une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de rejeter une plainte selon le sous-al. 44(3)*b*)(i) a donné lieu, dans une affaire récente, à une requête préliminaire portant sur la production d'un large éventail de documents[clxxxii]. La requête a été présentée en vertu de la règle 317 des Règles de la Cour fédérale, rédigée ainsi : « une partie peut demander que des documents ou éléments matériels pertinents à la demande qui sont en la possession de l'office fédéral dont l'ordonnance fait l'objet de la demande lui soient transmis en signifiant à l'office fédéral et en déposant une demande de transmission de documents qui indique de façon précise les documents ou éléments matériels demandés »[clxxxiii]. La demanderesse a demandé la communication des notes, documents, mémoires et pièces de toute nature se rapportant à sa plainte. Sa demande était formulée d'une manière si large qu'elle englobait pour ainsi dire toutes les pièces de toute nature que l'enquêteur avait assemblées ou utilisées au cours de l'enquête.

La question de savoir si des documents demandés selon la règle 317 sont pertinents est décidée sur la base des moyens soulevés dans une demande de contrôle judiciaire. Dans cette affaire, les moyens soulevés englobaient les exceptions d'incompétence, les conclusions factuelles indéfendables, l'erreur de droit, l'inobservation de l'équité procédurale et l'utilisation de faux témoignages. Le critère de pertinence dans le contexte des décisions de la Commission prises selon la *LCDP* avait été examiné en détail dans un arrêt antérieur de la Cour fédérale (l'arrêt *Pathak*)[clxxxiv] et la Commission l'invoqua dans cette affaire pour s'opposer à la portée de la requête en production déposée par la demanderesse. La Cour avait reconnu dans l'arrêt *Pathak* que la Commission est autorisée à rendre ses décisions sur la foi d'un rapport préparé par un enquêteur, que la loi présume que le rapport résume fidèlement la preuve, enfin que cette présomption doit être prise en compte lorsqu'est appliqué le critère de pertinence. Ainsi, en l'absence de toute preuve montrant que le rapport d'un enquêteur est inexact ou incomplet, les autres documents utilisés dans la préparation du rapport (mais non examinés par la Commission) n'ont pas à être produits selon la règle 317[clxxxv].

[clxxxii] *Bradley-Sharpe* c. *Banque Royale du Canada* (le 18 octobre 2001), n° T-806-01 (C.F. 1ère inst.) [ci-après *Bradley-Sharpe*].

[clxxxiii] *Règles de la Cour fédérale*, SOR/98-106.

[clxxxiv] *Canada (Commission des droits de la personne)* c. *Pathak* [1995] 2 C.F. 455 (C.A.F.)[ci-après *Pathak*].

[clxxxv] La Cour fédérale a reproduit dans l'affaire considérée l'extrait suivant de l'arrêt *Pathak* : « Seuls le rapport de l'enquêteur et les observations des parties sont nécessaires pour la décision de la Commission. Tout le reste est laissé au bon plaisir de la Commission. Si la Commission choisit donc de ne pas demander tel ou tel document, alors on ne peut dire que ce document se trouve devant la Commission à l'étape de la décision, par opposition à l'étape de l'enquête. Ledit

Malgré les conclusions de l'arrêt *Pathak*, la Cour a conclu, dans l'affaire *Bradley-Sharpe* (où la Commission avait rendu sa décision en se fondant uniquement sur le rapport de l'enquêteur) que les pièces demandées par la demanderesse intéressaient les griefs d'appel énoncés dans la demande. Bien qu'il n'en soit pas fait expressément mention, on ne peut que présumer que la Cour a estimé que les allégations de fraude et de faux témoignages pouvaient justifier une demande portant sur certains des documents compris dans la requête en production. Néanmoins, puisque la requête était formulée si généralement qu'elle pouvait englober la totalité des pièces utilisées dans l'enquête, la Cour a conclu qu'elle n'était pas recevable parce qu'elle équivalait à une exploration à l'aveuglette[clxxxvi] dans les dossiers de la Commission. Sur ce point, elle a cité en l'approuvant un passage d'un jugement antérieur de la Cour fédérale : « Il est bien établi que les procédures de contrôle judiciaire sont par nature des procédures sommaires, sans communication préalable de documents ni actes de procédure, et les règles relatives à telles procédures, notamment les règles 1612 et 1613 [aujourd'hui les règles 317 et 318], n'ont pas pour objet de prolonger les procédures sommaires ou de permettre une recherche de renseignements à l'aveuglette »[clxxxvii]. La requête de la demanderesse a été rejetée parce qu'elle était trop vague et trop ambiguë, mais la Cour a néanmoins indiqué qu'une requête ultérieure plus précise et plus focalisée serait sans doute considérée plus favorablement.

Les décisions Bell Canada

Le Rapport juridique de l'an dernier renfermait un examen de deux demandes de Bell Canada qui contestaient des décisions interlocutoires du Tribunal rendues au cours d'audiences portant sur un différend en matière d'équité salariale[clxxxviii]. Les deux demandes furent rejetées par la Cour fédérale, mais Bell Canada avait ensuite interjeté appel. Concernant la demande se rapportant à la recevabilité d'éléments de preuve ou à la contraignabilité de témoins, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de Bell Canada[clxxxix]. La Cour a approuvé le principe selon lequel les décisions interlocutoires sur des questions de preuve ne devraient pas être l'objet de demandes judiciaires tant que n'a pas pris fin l'instance introduite devant le Tribunal des droits de la personne. Elle a souligné que ce principe est « fondé sur le fait que les parties ne peuvent pas savoir, avant la fin de l'instance, si le contrôle d'une décision interlocutoire particulière sera requis et sur le fait que les inconvénients entraînés par le retard sont de loin plus importants que

---

document ne saurait donc faire l'objet d'une demande de production à titre de document utilisé par la Commission dans sa décision, même s'il a fort bien pu être utilisé par l'enquêteur dans son rapport ». Précité note 181 au par. 13.

[clxxxvi] Précité note 181 au par. 17.

[clxxxvii] *Ibid.* au par. 22. La décision citée est *Beno* c. *Létourneau* [1997] A.C.F. n° 535 (C.F. 1re inst.).

[clxxxviii] Voir le *Rapport juridique 2000*, *infra* note 226 aux p. 33-34.

[clxxxix] *Bell Canada* c. *ACET, SCCEP, Femmes Action et Commission canadienne des droits de la personne* (le 2 mai 2001), n° A-472-00 (C.A.F.).

l'avantage d'un contrôle prématuré »[cxc].

S'agissant de la deuxième demande, la Cour d'appel a fait observer que la demanderesse fondait son argumentation sur le par. 40(1) de la *LCDP*, qui autorise « un individu ou un groupe d'individus » à déposer une plainte auprès de la Commission. Cependant, la question de savoir si un syndicat avait qualité pour déposer une plainte avait déjà été soulevée par Bell dans la même affaire, mais à propos d'une autre demande. Il s'agissait d'une demande de *certiorari* et de prohibition déposée en 1996, qui visait à empêcher le renvoi des plaintes à l'arbitrage. À l'époque, Bell s'était fondée sur le par. 40(2) au soutien de sa position, un aspect que la Cour fédérale avait expressément noté en rejetant la demande. Eu égard aux antécédents procéduraux de la plainte, la Cour d'appel a exprimé l'avis que « la présentation par Bell, dans le cadre d'une autre procédure interlocutoire, d'une nouvelle contestation du statut des syndicats fondée sur un motif qu'elle aurait pu invoquer dans les procédures antérieures constitue un abus des procédures. Il est possible que la question puisse être soulevée dans le cadre d'un contrôle judiciaire après que la formation aura pris sa décision finale, bien qu'à ce moment-là on pourrait soulever l'argument de la *res judicata*. La Cour devra alors traiter de toute la question »[cxci]. L'appel de Bell a donc été rejeté.

CONTRÔLE JUDICIAIRE DES DÉCISIONS DE LA COMMISSION

La Commission exerce de larges pouvoirs discrétionnaires lorsqu'elle reçoit et traite des plaintes selon la *LCDP*. Les affaires évoquées dans la présente section donnent une idée des questions qui peuvent entraîner une contestation des décisions de la Commission devant la Cour fédérale.

Formulaire de plainte

La question de savoir si la Commission a refusé à tort d'exercer sa compétence a fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire à propos de l'exigence de la Commission qui obligeait un plaignant à signer un formulaire de plainte en se servant du nom qui apparaissait sur son acte de naissance[cxcii]. La plaignante avait vécu pendant un temps considérable sous le nom de Micheline Montreuil, même si son acte de naissance la désignait sous le nom de Joseph Yves Pierre Papineau Montreuil. D'ailleurs, ses cartes de crédit, déclarations de revenus, comptes bancaires et autres documents financiers indiquaient tous son nom d'emprunt, c'est-à-dire Micheline Montreuil. La Commission exprima l'avis qu'elle n'avait pas compétence pour accepter une plainte signée sous le nom de « Micheline Montreuil », en invoquant à l'appui l'art. 5 du *Code civil du Québec*[cxciii], qui prévoit que toute personne exerce ses droits civils sous le nom qui lui est attribué et qui est énoncé dans son acte de naissance. Rejetant cette position, la Cour fédérale a

---

[cxc] *Ibid.* au par. 5.

[cxci] *Bell Canada* c. *ACET, SCCFP, Femmes Action et Commission canadienne des droits de la personne* (le 2 mai 2001), n° A-491-00 (C.A.F.) au par. 4.

[cxcii] *Montreuil* c. *La Banque Nationale du Canada* (le 21 août 2001), n° T-788-00 (C.F. 1ère inst.)

[cxciii] *Code civil du Québec*, art. 1260 C.C.Q.

fait observer que même si la Commission a le pouvoir de déterminer ce qui constitue une forme acceptable pour le dépôt d'une plainte, elle ne peut arbitrairement rejeter une plainte pour le seul motif que l'intéressé ne l'a pas signée sous le nom qui apparaît dans son acte de naissance. Selon la Cour, le dépôt d'une plainte ne constituait pas en lui-même une procédure judiciaire et donc n'était pas compris dans les règles formelles énoncées à l'art. 5 du *Code civil*. Vu le mandat de la Commission, la Cour a estimé qu'elle devait montrer une plus grande souplesse et un formalisme moins rigide au moment de déterminer la forme dans laquelle une plainte devrait être déposée. Elle a aussi conclu que la lecture que faisait la Commission de l'art. 5 du *Code civil* était juridiquement erronée. En définitive, la Cour a ordonné que la plainte mentionne le nom de « Joseph Yves Pierre Papineau Montreuil connu sous le nom de Micheline Montreuil »[cxciv] et que la plaignante soit autorisée à signer la plainte du nom qu'elle utilisait habituellement.

Motifs minimums devant soutenir une revendication

Les plaintes se rapportant à des faits présumés qui ne donnent pas matière à des mesures complémentaires seront à juste titre éliminées par la Commission à la suite d'enquêtes préliminaires. Cette pratique a été reconnue par la Cour fédérale dans un jugement récent qui portait sur la décision de la Commission de rejeter une plainte de discrimination fondée sur le sexe et sur l'âge dans un cas où les circonstances de l'affaire ne pouvaient autoriser une telle plainte[cxcv]. Il s'agissait d'une altercation qui était survenue entre le plaignant et une employée d'un Centre de développement des ressources humaines. Alors que le plaignant se renseignait sur l'aide en vue d'obtenir une formation professionnelle ou des possibilités d'emploi, on lui demanda de quitter les lieux. Un gardien de sécurité l'escorta en dehors des lieux. Il y eut de nombreuses rencontres et une abondante correspondance entre le ministère fédéral responsable du Centre et le plaignant, mais ce dernier ne communiqua avec la Commission que 10 mois plus tard. L'examen de la plainte par l'enquêteur affecté au dossier ne révéla aucune information ni indication selon laquelle un employé du Centre avait fait référence au sexe ou à l'âge du demandeur. Le plaignant n'avait pas été en mesure de produire d'autres renseignements susceptibles d'établir un lien entre le traitement qu'il avait reçu au Centre et un motif de distinction illicite prévu par la *LCDP*. La Commission rejeta par conséquent la plainte. La Cour fédérale (saisie d'une demande visant à faire casser la décision de la Commission) accorda qu'il n'y avait aucune raison pour que la plainte soit examinée davantage par la Commission, notant qu'en l'absence d'autres éléments de preuve, une empoignade entre individus ne justifie pas plus ample enquête de la part de la Commission.

[cxciv] *Précité* note 191 au par. 11.

[cxcv] *Ramlall* c. *P.G. du Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*(le 22 juin 2001), n° T-1696-99 (C. F. 1ère inst.)

Équité procédurale

Une décision de la Commission de ne pas renvoyer une plainte au Tribunal des droits de la personne peut concerner des faits beaucoup plus complexes que ceux dont il est question dans l'affaire que nous venons d'évoquer. Dans le jugement *Grover* c. *Le Conseil national de recherches*[cxcvi], la Cour fédérale a examiné une demande découlant d'accusations de discrimination raciale dans l'emploi qui avaient conduit la Commission à entreprendre une enquête minutieuse. L'enquête avait consisté à examiner les documents présentés par le plaignant, ainsi que les réponses du Conseil national de recherches (CNR), à communiquer ces réponses au plaignant, avec possibilité pour lui de répliquer, à organiser des rencontres entre le plaignant et les enquêteurs, enfin à interroger diverses personnes qui jouaient un rôle dans le milieu de travail du plaignant. La Commission estima que la preuve produite ne permettait pas de conclure au présumé acte discriminatoire, et la plainte fut rejetée. Le plaignant demanda le contrôle judiciaire de la décision de la Commission, en invoquant plusieurs moyens : manquement à l'équité procédurale, partialité et manque de sérieux de l'enquête, enquête prétendument conduite de mauvaise foi et d'une manière arbitraire, enfin décision prétendument rendue sans qu'il soit tenu compte de la preuve produite.

En rendant sa décision, la Cour fédérale s'est référée à une jurisprudence bien établie selon laquelle la Commission n'a pas l'obligation de tenir une quelconque audience en règle avant de rendre sa décision en la matière et donc n'a pas à respecter les règles formelles de la justice naturelle applicables aux instances judiciaires. Toutefois, pour savoir s'il existe, eu égard à l'ensemble de la preuve, un fondement raisonnable autorisant le passage au stade juridictionnel, la Commission doit observer les règles de l'équité procédurale. La Cour a estimé que le plaignant « n'avait pas droit à une audience devant la Commission pendant que cette dernière examinait les rapports d'enquête. La Commission n'est pas non plus tenue d'évaluer la crédibilité lorsqu'elle examine les rapports d'enquête »[cxcvii].

La Cour a jugé que le plaignant avait eu amplement la possibilité de réagir aux preuves et conclusions du CNR (et c'est ce qu'il avait fait), mais elle a souligné que les règles de l'équité procédurale requièrent aussi que les enquêtes soient à la fois neutres et approfondies. Les lacunes factuelles d'un rapport d'enquête posent manifestement la question du sérieux de l'enquête. Certaines omissions peuvent être corrigées par le plaignant, qui portera l'affaire à l'attention du décideur, en l'occurrence la Commission, rendant ainsi inutile le contrôle judiciaire. Néanmoins, la Cour a reconnu que le contrôle judiciaire s'imposera dans « les cas où l'omission est de nature si fondamentale que le seul fait d'attirer l'attention du décideur sur l'omission ne suffit pas à y remédier, ou les cas où le décideur n'a pas accès à la preuve de fond en raison de la nature protégée de l'information ou encore du rejet explicite qu'il en a fait. »[cxcviii]

[cxcvi] *Grover* c. *Conseil national de recherches et P.G. du Canada* (le 21 juin 2001), n° T-586-98 (C. F. 1ère inst.).

[cxcvii] *Ibid.* au par. 57.

[cxcviii] *Ibid.* au par. 63, citant *Miller* c.*Canada* (1996), 112 F.T.R. 195 à 201.

Le dossier dont était saisie la Cour fédérale établissait qu'un important témoin quant aux allégations de discrimination raciale n'avait pas été interrogé. La Cour a conclu que cette omission « était d'une nature si fondamentale qu'il ne pouvait pas y être remédié en portant simplement la chose à l'attention du décideur, c'est-à-dire la Commission... La notification du décideur pouvait uniquement entraîner une enquête au sujet de la question de savoir pourquoi [le témoin] n'avait pas été interrogé »[cxcix]. La Cour a souligné que la Commission ne pouvait valablement exercer son pouvoir discrétionnaire administratif lorsque des renseignements utiles se rapportant à une plainte n'étaient pas en sa possession. Elle a aussi indiqué que « l'omission d'interroger une personne qui est liée d'une façon cruciale au présumé acte discriminatoire peut nous amener à inférer que l'enquêteur a préjugé de l'affaire »[cc]. Aucune conclusion particulière sur ce point n'a été tirée, mais la Cour a jugé que la Commission avait manqué à son devoir d'équité procédurale, et ordonné que les plaintes soient renvoyées à la Commission pour être traitées d'une manière non incompatible avec ses motifs.

Omission fondamentale

Le point de savoir ce qui constitue une omission fondamentale était aussi au cœur du jugement rendu par la Cour fédérale dans l'affaire *Singh* c. *P.G. du Canada*[cci]. Il s'agissait d'allégations de harcèlement et de discrimination dans l'emploi fondée sur l'origine nationale ou ethnique et sur l'âge, après que Développement des ressources humaines Canada (DRHC) eut décidé de ne pas renouveler le contrat d'emploi de la plaignante, une femme de 51 ans originaire des Indes orientales. Le différend entourant le non-renouvellement du contrat d'emploi fut examiné au premier palier par la Commission de la fonction publique (CFP), dans la mesure où il comportait des éléments de harcèlement et d'abus de pouvoir. La CFP jugea que les allégations n'étaient pas fondées. Peu après la décision de la CFP, la plaignante déposa une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant que des remarques désobligeantes avaient été faites par ses collègues de travail et que la décision de DRHC de ne pas reconduire son contrat d'emploi était fondée sur son origine nationale ou ethnique et sur son âge.

Certaines entrevues externes eurent lieu au cours de l'enquête diligentée par la Commission, mais le rapport de l'enquêteur reprenait essentiellement l'information se trouvant dans le rapport antérieur de la CFP. La Commission rejeta la plainte au motif que la preuve n'appuyait pas les allégations de harcèlement et de discrimination dans l'emploi, affirmant plutôt que le non-renouvellement du contrat était sans rapport avec ces allégations.

Examinant la demande de contrôle judiciaire au regard de la décision de la Commission, la Cour fédérale confirma d'abord que la Commission peut valablement décider de rejeter une plainte à la lumière de l'ensemble de la preuve, notamment les déclarations de plusieurs témoins à l'encontre des allégations, et l'examen du comportement professionnel du plaignant. Par ailleurs,

---

[cxcix] *Ibid.* au par. 66., citant *Slattery* c. *Canada (Commission des droits de la personne)* [1994] 2 C.F. 574 (1re inst.), aux pp. 600-601.

[cc] *Ibid.* au par. 71.

[cci] *Singh* c. *Procureur général du Canada* (le 19 mars 2001), nº T-2259-99 (C. F. 1ère inst.).

l'enquêteur de la Commission ne commet aucune erreur de compétence lorsqu'il s'en remet à la preuve contenue dans un rapport de la CFP qui traite d'aspects professionnels relevant de la compétence de cette dernière, pour autant que les conclusions de l'enquêteur ne soient pas simplement fondées sur celles de la CFP. Néanmoins, la Cour a estimé qu'il subsistait dans l'affaire dont elle était saisie un grave problème touchant au sérieux du rapport d'enquête sur lequel était fondée la décision de la Commission.

En réponse aux arguments de DRHC, la plaignante fit valoir que les faits relatifs au comportement professionnel et à la pénurie de travail avaient été inventés après qu'elle s'était plainte d'un traitement discriminatoire. La Cour fit observer que le rapport de l'enquêteur n'évoquait nulle part la possibilité que les conclusions de DRHC aient pu servir de prétexte, une omission qu'elle qualifia de fondamentale. Elle était fondamentale « ... car toute enquête relative à une pratique discriminatoire doit, à tout le moins, déterminer l'identité du décideur et comporter quelques questions sur les raisons pour lesquelles le décideur a pris la décision qu'il a prise. En l'espèce, cela signifie que l'enquêteur aurait dû tenter de savoir qui, dans les faits, a pris la décision de ne pas renouveler le contrat de la demanderesse et pourquoi. »[cii].

La Cour a fait observer qu'il est possible de conclure à l'existence d'une discrimination même s'il peut exister un motif supérieur de renvoyer un employé ou de ne pas renouveler un contrat. Par conséquent, le fait que la Commission avait estimé que le faible rendement professionnel de la plaignante justifiait sa décision de ne pas renouveler le contrat ne voulait pas dire qu'il n'y avait pas eu discrimination. La Cour a donc infirmé la décision de la Commission et renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle en dispose d'une manière non incompatible avec ses motifs.

Un autre exemple d'omission fondamentale dans la conduite d'une enquête est l'affaire *Sosnowski c. Ministre des Travaux publics*[cciii]. La plainte déposée dans cette affaire se rapportait à une discrimination fondée sur le sexe et sur l'âge, qui avait prétendument été exercée contre une employée. La plaignante, une femme de 56 ans qui avait travaillé comme ingénieur mécanicien pour Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) pendant de nombreuses années, avait perdu son poste et avait dû prendre une retraite anticipée à la suite d'une opération de réduction des effectifs conduite par le ministère. Elle affirmait avoir été traitée pendant un certain temps d'une manière différente et préjudiciable parce qu'elle avait été assignée à des tâches qui avaient eu une incidence négative sur sa position concurrentielle durant l'opération de réduction des effectifs, et parce qu'il y avait eu inversion de l'ordre d'évaluation au mérite dans l'attribution du statut d'employé excédentaire. Elle affirmait aussi avoir subi un traitement différent et préjudiciable dans l'accès à d'autres postes au sein de la fonction publique fédérale.

Le rapport d'enquête (sur lequel la Commission avait fondé sa décision de rejeter la plainte) examinait d'une manière assez détaillée les titres de compétence et antécédents professionnels

---

[cii] *Ibid.* au par. 23.

[cciii] *Sosnowski* c. *Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada*, Cour fédérale (le 29 novembre 2001), n° T-1168-00 (C. F. 1ère inst.).

utilisés pour évaluer les employés du ministère en vue de nominations à des postes de gestionnaire de projet. Le rapport mentionnait que la plaignante avait reçu des notes faibles pour certains des titres de compétence. Plus précisément, il reprenait l'opinion du gestionnaire ministériel selon laquelle [TRADUCTION] « tous les titulaires ont montré une capacité uniforme d'exécuter des projets en tenant compte des paramètres indiqués, à l'exception de la plaignante, qui avait souvent dépassé les coûts et calendriers des projets et qui avait de la difficulté à mener les projets à bien. Cet aspect a également été signalé à la plaignante dans ses évaluations de rendement pour l'exercice 1988-1989 jusqu'à l'exercice 1992-1993. La plaignante a aussi reçu la note la plus faible (4) dans d'autres aptitudes à forte pondération, telles que la capacité de diriger une équipe d'une manière conséquente et efficace, la capacité d'atteindre à l'excellence dans l'exécution de tâches en appliquant les principes de l'imputation fondée sur le marché, et la capacité d'atteindre en tout temps un niveau élevé de satisfaction chez la clientèle »[cciv].

La Cour fédérale a jugé que les portions susmentionnées du rapport d'enquête contenaient une importante erreur de fait concernant les évaluations passées du travail de la plaignante. Selon elle, ces évaluations avaient toutes été uniformément favorables, surtout durant la période allant de 1988 à 1993. La Cour a conclu que cette erreur révélait que les allégations de parti pris (fondé sur l'âge et sur le sexe) n'avaient pas été suffisamment étudiées par la Commission avant qu'elle rende sa décision. En outre, la Cour a estimé que le rapport d'enquête était vicié au regard de la question d'une possible discrimination systémique à l'encontre de la plaignante. Bien qu'elle fût ingénieur mécanicien, la plaignante s'était vu régulièrement refuser la possibilité de travailler à des projets de génie civil. Son manque d'expérience fut ensuite invoqué par le ministère pour justifier une très faible évaluation durant l'opération de réduction des effectifs. Pour reprendre les mots de la Cour : [TRADUCTION] « ... TPSGC affirme qu'elle a obtenu l'unique note de zéro dans la catégorie du génie civil, en raison de son manque d'expérience des projets de génie civil durant son emploi. En revanche, un collègue masculin, qui était lui aussi ingénieur mécanicien, avait eu la responsabilité d'un projet de génie civil et avait par la suite reçu une note ROM plus élevée que celle de la demanderesse »[ccv]. Des faits de cette nature révélaient, aux yeux de la Cour, une structure qui nécessitait une évaluation en profondeur, [TRADUCTION] « ... en particulier à la lumière des décisions du Tribunal canadien des droits de la personne, dans lesquelles ont été jugées discriminatoires des différences entre les tâches lorsque telles différences se répercutent sur les possibilités d'emploi d'un plaignant »[ccvi]. La Cour a donc conclu que [TRADUCTION] « lorsque, comme en l'espèce, une seule femme ingénieur d'expérience à l'intérieur de son groupe professionnel se heurte à de tels obstacles et par la suite se trouve sans travail, l'équité procédurale requiert un examen approfondi de l'existence possible d'une discrimination systémique fondée sur l'âge et sur le sexe »[ccvii]. La plainte fut donc renvoyée à la Commission pour nouvel examen.

[cciv] *Ibid.* au par. 4.

[ccv] *Ibid.* au par. 10.

[ccvi] *Ibid.* au par. 11.

[ccvii] *Ibid.* au par. 14.

Communication réciproque des réponses des parties

Les règles de l'équité procédurale ont de nouveau été examinées dans le jugement *Moran c. Industrie Canada*[ccviii]. Dans cette affaire, on alléguait une discrimination dans l'emploi fondée sur la déficience physique, parce qu'Industrie Canada avait décidé de ne pas appliquer une durée maximale de deux ans à une liste d'admissibilité pour une nomination au poste d'agent principal des faillites. Dans le concours de 1994, il s'était classé deuxième sur les deux candidats qualifiés. Comme le premier candidat avait accepté le poste, le plaignant fut inscrit sur une liste d'admissibilité pour de futures nominations. À la suite d'une légère congestion cérébrale, le plaignant fut incapable de travailler depuis la fin de mai 1995 jusqu'à la mi-octobre de la même année, date à laquelle il retourna travailler à Revenu Canada (il avait été mis fin à son détachement auprès d'Industrie Canada en raison de compressions budgétaires). En avril 1996, un poste d'agent principal des faillites devint disponible à Industrie Canada. Cependant, la liste d'admissibilité de 1994 avait expiré le 31 mars 1996 et n'avait pas été reconduite. Si la liste d'admissibilité avait été reconduite pour la période maximale de deux ans, elle aurait été valide jusqu'en septembre 1996, et elle aurait donc permis la nomination du plaignant.

Quoique le rapport d'un enquêteur recommandait la nomination d'un conciliateur, la Commission décida de rejeter la plainte. Elle invoqua trois motifs pour justifier le rejet : (i) la preuve ne permettait pas de dire qu'Industrie Canada avait exercé contre le plaignant une discrimination fondée sur la déficience, (ii) la preuve ne permettait pas d'imputer à la congestion cérébrale du plaignant la décision de ne pas proroger la liste d'admissibilité, et (iii) le plaignant avait été admissible à se présenter au concours de 1996, mais il avait décidé de ne pas le faire.[ccix] Le plaignant souleva, dans sa demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission, la question de l'équité procédurale, en particulier au regard de l'information qui avait été présentée à la Commission et qui concernait les arguments d'Industrie Canada. Après examen du dossier, la Cour estima que les arguments d'Industrie Canada considéraient la relation possible entre les décisions de dotation en personnel et la déficience du plaignant et que ce fait n'avait pas été inclus dans le rapport de l'enquête. Il sembla à la Cour fédérale qu'Industrie Canada avait d'abord fait valoir que les gestionnaires concernés n'avaient aucun pouvoir de proroger la liste d'admissibilité. La question de la déficience n'était apparue que dans la réponse d'Industrie Canada au rapport de l'enquêteur. Cette réponse renfermait de puissants arguments selon lesquels le plaignant s'était privé d'une possible nomination au poste en ne se présentant pas au concours de 1996. Cette réponse (transmise à la Commission sous forme de lettre) ne fut pas communiquée au plaignant avant la décision de la Commission de rejeter la plainte. La Cour jugea cette omission fatale pour la validité de la décision de la Commission, car l'information en question « ... soulevait la question de la [TRADUCTION] "présumée déficience" du demandeur et avançait en outre un point de vue beaucoup plus fort en ce qui concerne l'omission du demandeur de se porter candidat au concours de 1996. De fait, la lettre disait qu'en ne se portant pas candidat au concours de 1996, il "s'était vu refuser l'accès à une possibilité". Or, dans son rapport, l'enquêteur avait dit que l'omission de se porter candidat n'influait pas sur le bien-fondé

[ccviii] *Moran* c. *La Reine (représentée par Industrie Canada)*(le 24 mai 2001), n° T-1360-99 (C. F. 1ère inst.).

[ccix] *Ibid.* au par. 8.

de la plainte; pourtant, la CCDP s'est servie de cette omission pour justifier le rejet de la plainte »[ccx]. Comme la non-communication de la lettre en question au plaignant en vue d'obtenir ses commentaires constituait un manquement à l'équité procédurale, la Cour a fait droit à la demande de contrôle judiciaire et renvoyé l'affaire à la CCDP pour nouvel examen.

Nature confidentielle de la conciliation

Les décisions de la Commission de renvoyer une plainte au Tribunal des droits de la personne peuvent aussi être contestées devant la Cour fédérale, comme en témoigne l'arrêt *Société Radio-Canada* c. *Paul*[ccxi]. Dans cette affaire, la SRC était accusée de discrimination dans l'emploi fondée sur l'âge et sur le sexe, accusations qui avaient d'abord figuré dans une plainte de septembre 1989 à la Commission. En raison de contestations juridiques concernant des plaintes ultérieures déposées par la même plaignante, l'enquête et la rédaction d'un rapport sur la plainte de 1989 ne prirent fin que le 29 juillet 1996. Le rapport recommandait que la Commission nomme un conciliateur dans l'espoir de régler la plainte.

La SRC s'opposa à la nomination d'un conciliateur, mais des rencontres eurent lieu néanmoins dans l'espoir de transiger. Ce fut un échec et le conciliateur prépara un rapport final qui énonçait les positions des parties et donnait le détail d'une offre de règlement faite par la SRC, mais rejetée par la plaignante. La SRC continua d'affirmer que le rapport d'enquête était tendancieux et s'opposa vigoureusement à la divulgation de l'offre de règlement qu'elle avait faite à la plaignante[ccxii]. Par une lettre portant la date du 13 février 1997, la SRC fut informée par la Commission que, après étude du rapport de conciliation et des réponses de la plaignante, elle avait décidé de renvoyer la plainte à un Tribunal pour décision. Cette décision fut annulée après dépôt d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale, Section de première instance, estimant entre autres qu'il y avait eu manquement aux règles de l'équité procédurale, ainsi que violation de l'obligation réglementaire de confidentialité qui s'attache au processus de conciliation. La Cour jugea aussi qu'il était inopportun de renvoyer l'affaire à la Commission pour nouvel examen.

[ccx] *Ibid.* au par. 22.

[ccxi] *Société Radio-Canada* c. *Paul* (le 2 avril 2001), n° A-132-99 (C.A.F.).

[ccxii] Dans sa lettre au personnel de la Commission, la SRC avait écrit : « L'offre de règlement que la SRC a faite à M^me^ Paul et dont il est fait mention dans le rapport de conciliation a été faite à titre strictement confidentiel, étant expressément entendu que cette offre était faite sans préjudice de la thèse de la SRC suivant laquelle la plainte de M^me^ Paul était mal fondée. Cette divulgation est également contraire à l'interdiction expresse de divulguer ce type de renseignements qui est formulée à l'art. 47 de la Loi canadienne sur les droits de la personne. Cette divulgation va à l'encontre des objectifs fondamentaux de la conciliation, qui sont de permettre aux parties de discuter dans un cadre informel et sous toutes réserves des modalités d'un éventuel règlement de la plainte ». Quelques extraits de cette lettre sont reproduits dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, *ibid.* au par. 13.

Quatre points ont été examinés par la Cour d'appel fédérale[ccxiii], mais la question du caractère confidentiel du processus de conciliation fut le pivot de sa décision. La Cour a fait état d'une jurisprudence constante portant sur le principe de la confidentialité, en common law, des mécanismes destinés à encourager les règlements à l'amiable, ainsi que sur les considérations d'ordre public à la base de ce principe. Elle s'est ensuite référée directement au par. 47(3) de la *LCDP*, qui prévoit expressément que « les renseignements recueillis par le conciliateur sont confidentiels et ne peuvent être divulgués sans le consentement de la personne qui les a fournis »[ccxiv].

La Cour d'appel a jugé inutile d'examiner les points se rapportant au présumé parti pris du rapport d'enquête, mais elle a tout de même passé en revue les aspects de l'équité procédurale qui semblaient faire défaut dans le dossier qu'elle avait devant elle. Comme on l'a dit plus haut, lorsque la Commission avait communiqué à la SRC sa décision de renvoyer l'affaire à un Tribunal, elle avait expressément indiqué qu'elle avait étudié le rapport de conciliation et la réponse de la plaignante à ce rapport. La Commission n'avait pas fait état d'autres documents qu'elle aurait pu consulter ou examiner, elle mentionnait simplement qu'elle avait tenu compte « de toutes les circonstances »[ccxv]. Au vu du dossier, par conséquent, la Cour d'appel douta que le rapport d'enquête ou les arguments de la SRC eussent été pris en compte par la Commission avant qu'elle ne décide de renvoyer l'affaire à un Tribunal. Elle a jugé que les règles de l'équité procédurale ainsi que l'obligation légale de la Commission (art. 44 de la *LCDP*) de recevoir le rapport de l'enquêteur commandaient à la Commission de tenir compte des documents en question[ccxvi].

La Cour d'appel n'a pas suivi la décision du tribunal inférieur sur la réparation à accorder. Le tribunal inférieur avait en fait mis un obstacle à l'introduction d'autres instances en refusant de

---

[ccxiii] La Cour d'appel a formulé les questions suivantes : « (1) L'intimée a-t-elle présenté sa demande après l'expiration du délai prescrit? (2) La communication du rapport de conciliation à la Commission sans le consentement de la SRC vicie-t-elle la décision de la Commission de renvoyer la plainte au tribunal? (3) La Commission a-t-elle tenu compte de tous les éléments d'information qui avaient été régulièrement portés à sa connaissance lorsqu'elle a décidé de renvoyer la plainte au tribunal? (4) Le juge des requêtes a-t-elle commis une erreur en décidant de ne pas renvoyer la plainte à la Commission pour réexamen? » *Ibid.*, au par. 18.

[ccxiv] *Ibid.* au par. 19.

[ccxv] *Ibid.* au par. 48.

[ccxvi] Toutefois, la Cour d'appel a souligné que la Commission n'est pas tenue dans tous les cas de faire état de chaque document qu'elle a considéré : « Je ne veux pas laisser entendre que la Commission doit toujours, lorsqu'elle rend une décision en vertu de l'art. 44, faire état de tous les éléments d'information qu'elle a examinés. Toutefois, eu égard aux circonstances de l'espèce, la mention exprès de l'examen par la Commission d'éléments d'information déterminés, combinée à l'omission de mentionner d'autres éléments qu'elle était tenue d'examiner, permet d'inférer qu'elle n'a pas tenu compte de ces autres éléments ». *Ibid.* au par. 51.

renvoyer l'affaire à la Commission pour nouvel examen. La Cour d'appel a estimé que cet aspect était régi par les principes de droit administratif applicables à l'abus de procédure. Elle a donc tenu compte de l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Blencoe* c. *Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*[ccxvii], un arrêt qui soulignait plusieurs facteurs à considérer avant que ne puissent être suspendues des procédures, à savoir la nature et les causes des délais, les complexités juridiques et factuelles et les divers préjudices pouvant être causés aux parties. La Cour d'appel a estimé que le dossier ne permettait pas de dire à quelle partie plus qu'à l'autre pouvaient être imputés les retards du traitement des plaintes, ni quelle partie allait probablement pâtir plus que l'autre du passage du temps. En conséquence, la Cour a ordonné le renvoi de la plainte à la Commission pour nouvel examen, tout en précisant que seuls les membres de la Commission qui n'avaient pas pris part à la décision antérieure de renvoyer l'affaire à un Tribunal pourraient participer au réexamen de la plainte, et que les membres de la Commission appelés à réexaminer la plainte ne pourraient pas se voir communiquer le rapport du conciliateur, ni son contenu.

Erreur de droit

Une erreur de droit ou de compétence donne lieu, comme on le sait, à un contrôle judiciaire fondé sur le critère de la décision correcte. Ce principe est illustré dans le jugement *Gee* c. *Ministre du Revenu national*[ccxviii], dans lequel la Cour fédérale examinait une décision de la Commission de rejeter une plainte en se fondant sur son interprétation légale des conséquences d'une entente conclue par une plaignante avec un employeur. Cette affaire porte sur divers événements qui se sont produits entre 1990 et 1996 et sur des allégations de harcèlement et de discrimination raciale dans le milieu de travail. Les plaintes (au nombre de 24) avaient été étudiées au niveau interne en 1993-1994 par le ministère fédéral concerné. Celui-ci décida que six des allégations de harcèlement étaient fondées, que l'une établissait un cas de discrimination raciale et qu'une autre établissait un cas d'abus de pouvoir. Après ces décisions, la plaignante a voulu rouvrir auprès de la Commission une plainte antérieure qui avait été rejetée en 1993 parce qu'elle était prescrite, mais elle n'a pas eu gain de cause. Elle a aussi échangé des communications et obtenu des entrevues avec les gestionnaires du ministère afin d'obtenir réparation pour les torts qu'elle avait subis. Un accord écrit fut finalement conclu en vertu duquel elle était nommée à un poste qui, selon elle, lui avait été injustement refusé, mais les autres employés pouvaient faire appel de cette nomination. Il fut convenu que le ministère prendrait fait et cause pour la plaignante si tels appels étaient interjetés. Finalement, 33 appels furent déposés et, malgré l'accord signé par la plaignante et les gestionnaires du ministère, le ministère jeta l'éponge et refusa de défendre la nomination de la plaignante.

La plaignante parvint en avril 1999 à convaincre la Commission d'enquêter sur deux plaintes se rapportant à ses allégations. Après enquête, la Commission rejeta les plaintes au motif que, vu l'entente conclue entre les parties, des procédures complémentaires n'étaient pas justifiées[ccxix].

[ccxvii] [2000] 2 R.C.S. 307, [2000] A.C.S. n° 43.

[ccxviii] *Gee* c. *Ministre du Revenu national* (2001), 39 C.H.R.R. D/454 (C. F. 1ère inst.).

[ccxix] S'agissant de l'une des plaintes, la Commission l'a également rejetée au motif qu'elle débordait la compétence de la Commission parce qu'elle n'était pas fondée sur un motif de

Les vues de la Commission sur les conséquences juridiques de l'entente ont été jugées erronées par la Cour fédérale : « En arrivant à sa conclusion que l'entente était un élément pertinent, la Commission a écarté toute une jurisprudence, qui émane en grande partie de la Cour suprême du Canada, qui déclare expressément que la législation portant sur les droits de la personne est d'ordre public et qu'on ne peut y renoncer par contrat »[ccxx]. Au surplus, la valeur probante de l'entente fut mise en doute par la Cour : « Non seulement a-t-on demandé à la demanderesse de signer l'entente sans qu'elle ait le bénéfice des conseils de son avocat, on ne lui a même pas indiqué que la consultation d'un avocat était une option. Elle n'a pas été pleinement informée quant aux droits auxquels elle renonçait ostensiblement, non plus que des conséquences qui pourraient éventuellement être liées aux appels de sa nomination. De plus, le défendeur n'a pas appuyé sa position comme il l'avait promis, ce qui fait que l'entente, qui devait être au bénéfice de la demanderesse, a fini par la placer dans une situation pire que celle dans laquelle elle se trouvait à l'origine. Il ne s'agit sûrement pas là de la mise en œuvre d'une entente de règlement. En rejetant sa réclamation au vu de l'entente, la CCDP a en fait nié toute possibilité que la demanderesse avait de continuer à réclamer réparation pour sa plainte par les canaux habituels »[ccxxi].

De plus, selon la Cour, aucun élément du dossier ne révélait que la Commission avait pris en compte une quelconque preuve essentielle touchant la plainte après qu'il fut établi que l'entente avait pour effet de supprimer tout recours que la plaignante aurait pu exercer en vertu de la *LCDP*. L'erreur de droit relative à l'effet de l'entente s'en trouvait aggravée, et la conséquence était que la Commission n'avait pas exercé son mandat selon la loi applicable. La demande de contrôle judiciaire fut donc accordée et l'affaire fut renvoyée à la Commission pour nouvel examen par d'autres membres de la Commission, ou par un tribunal désigné, en fonction de la valeur relative de la preuve et sans qu'il soit tenu compte de l'entente conclue entre les parties.

---

distinction illicite.

[ccxx] Précité note 217 au par. 35.

[ccxxi] *Ibid.* au par. 36.

Décisions arbitraires ou déraisonnables

L'équité procédurale semblerait englober le devoir d'éviter les décisions arbitraires et déraisonnables. Ce point est illustré dans l'affaire *Jane Hedges-Mckinnon et autre* c. *Commission canadienne des droits de la personne*[ccxxii], un jugement de la Cour fédérale portant sur un refus prétendument discriminatoire des frais professionnels engagés par une épouse, mais déduits par son mari en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[ccxxiii]. Plus précisément, Jane Hedges-Mckinnon, une golfeuse professionnelle, avait conclu en 1985 avec son conjoint, Richard Mckinnon, un accord de commandite selon lequel ce dernier prenait à sa charge les frais qu'elle engageait en qualité de golfeuse professionnelle. Cet arrangement fut accepté par les fonctionnaires du fisc pendant plusieurs années, mais l'Agence des douanes et du revenu du Canada informa M. Mckinnon en septembre 1997 que les frais engagés par lui pour parrainer son épouse ne pourraient plus être déduits de son revenu à titre de frais professionnels en raison du fait que l'on ne pouvait raisonnablement espérer que la commandite génère un bénéfice. Par ailleurs, en octobre de la même année, M. Mckinnon fit l'objet de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1994, 1995 et 1996. Une nouvelle cotisation fut établie pour M^me^ Hedges-Mckinnon pour l'année 1996. Dans sa décision, l'Agence expliquait en détail les critères objectifs utilisés pour dire si une espérance raisonnable de bénéfice existait.

Les deux parties ont fait appel avec succès de la décision de l'Agence à la Cour canadienne de l'impôt (jugement rendu en novembre 1999[ccxxiv]), mais elles ont déposé séparément, auprès de la Commission, des plaintes alléguant une discrimination fondée sur l'état matrimonial et, dans le cas de M^me^ Hedges-Mckinnon, fondée également sur le sexe. S'agissant de la plainte de M. Mckinnon, l'enquêteur chargé du dossier décida que le plaignant s'était vu accorder les frais professionnels en question pendant une période de huit ans. Ce n'est qu'après cette période que les représentants du fisc fédéral avaient refusé les frais pour le motif que les revenus étaient demeurés uniformément bien au-dessous des frais pendant la période de huit ans. L'état matrimonial de M. Mckinnon avait été sans rapport avec la décision de l'Agence sur ce point. Finalement, l'enquêteur a conclu que la plainte de Richard Mckinnon avait été examinée selon une procédure prévue par une autre loi fédérale devant la Cour canadienne de l'impôt et qu'un redressement adéquat avait été accordé, c'est-à-dire que la Cour de l'impôt avait jugé que la nouvelle cotisation avait été irrégulière et que les frais en question pouvaient légitimement être déduits par M. Mckinnon. La Commission décida en conséquence qu'une instruction de la plainte de discrimination n'était pas justifiée, et la plainte de Richard Mckinnon fut rejetée. La plainte de M^me^ Hedges-Mckinnon, qui en partie portait sur une présumée discrimination fondée sur le sexe, fut elle aussi rejetée par la Commission, au motif que les faits allégués ne constituaient pas un acte discriminatoire et donc échappaient à la compétence de la Commission. M^me^ Hedges-Mckinnon avait peut-être un grief valable à faire valoir auprès des fonctionnaires du

---

[ccxxii] *Hedges-Mckinnon et Mckinnon* c. *Commission canadienne des droits de la personne*, (le 31 août 2001), n° T-1299-00 (C. F. 1^ère^ inst.).

[ccxxiii] *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5^e^ suppl.), c. 1.

[ccxxiv] *Hedges-Mckinnon et Mckinnon* v. *La Reine* (le 8 novembre 1999), n° 98-1987-IT-I, 98-1989-IT-I (C.C.I.).

fisc fédéral à propos de ce qu'ils pensaient du potentiel de rémunération des golfeuses, mais la Commission a conclu que le différend relatif aux frais professionnels concernait M. Mckinnon et l'Agence des douanes et du revenu du Canada.

Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale se demanda si le pouvoir discrétionnaire de la Commission de rejeter la plainte de M. Mckinnon en vertu du sous-al. 44(3)*b*)(i) de la *LCDP* avait été exercé d'une manière discriminatoire, injuste, arbitraire ou déraisonnable ou si sa décision avait été fondée sur des facteurs étrangers ou non pertinents. Ce critère était facilement rempli à la fois par le rapport de l'enquêteur et par la décision de la Commission, la Cour soulignant qu'une retenue considérable doit être manifestée à l'endroit de la Commission lorsqu'elle fait selon la *LCDP* l'évaluation préliminaire d'une plainte. La Cour a jugé aussi qu'il était raisonnable pour l'enquêteur de conclure dans son rapport à l'incompétence de la Commission pour disposer de la plainte de M^me^ Hedges-Mckinnon et que la décision de la Commission de rejeter sa plainte en conformité de l'al. 41(1)*c*) de la *LCDP* ne pouvait être contestée sur aucun fondement.

Dans un jugement ultérieur, *Rabah* c. *Procureur général du Canada*[ccxxv], qui concernait la décision de la Commission de rejeter une plainte de discrimination dans l'emploi fondée sur l'origine nationale ou ethnique, la Cour fédérale a appliqué la norme de contrôle utilisée dans l'affaire *Mckinnon*. M. Rabah affirmait que l'instruction de sa plainte avait été lacunaire et insuffisante. Cependant, la Cour fédérale jugea que le fond de la plainte du demandeur avait été étudié d'une manière suffisamment détaillée par l'enquêteur chargé du dossier. Selon elle, [TRADUCTION] « il convient de déférer aux décideurs administratifs lorsqu'ils examinent la valeur probante de la preuve et qu'ils décident en conséquence s'il faut ou non enquêter davantage. Un contrôle judiciaire ne sera justifié que s'il y a eu des omissions déraisonnables, par exemple si une preuve essentielle n'a pas été examinée »[ccxxvi]. En l'espèce, l'affirmation de M. Rabah selon laquelle son accent avait servi à justifier une mauvaise appréciation de son aptitude à la communication était difficile à concilier avec le fait que six des douze candidats reçus à qui un emploi fut éventuellement offert avaient eux aussi un accent lorsqu'ils parlaient anglais. Par ailleurs, la Cour a jugé que les critères employés pour évaluer l'aptitude à communiquer des candidats aux postes en question étaient objectifs et avaient été appliqués d'une manière exempte de parti pris. Vu ces conclusions d'enquête, et puisqu'il n'était pas démontré que la Commission avait rejeté la plainte [en application du sous-al. 44(3)*b*)(i)] en se fondant sur des facteurs étrangers ou hors de propos, ou avait agi d'une manière discriminatoire, injuste, arbitraire ou déraisonnable, la Cour a estimé qu'elle ne pouvait intervenir. La demande du plaignant en vue de faire annuler la décision de la Commission fut donc rejetée.

[ccxxv] *Ahmad Rabah* c. *Procureur général du Canada* (le 11 novembre 2001),n° T-1228-99 (.C.F 1ère inst.).

[ccxxvi] *Ibid.* au par. 10. Ce raisonnement trouve sa source dans le jugement de la Cour fédérale rendu dans l'affaire *Robinson* c. *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (objet : Monnaie royale canadienne)* (1995), 90 F.T.R. 43 (C.F. 1re inst.), à la page 49.

CONTRÔLE JUDICIAIRE DES DÉCISIONS DU TRIBUNAL

Impartialité et indépendance du Tribunal

Les questions d'impartialité et d'indépendance du Tribunal canadien des droits de la personne ont été examinées dans le Rapport juridique de l'an dernier, en particulier au regard de la décision rendue par la Cour fédérale (Section de première instance) dans l'affaire *Bell Canada* c. *ACET, SCCEP et Femmes Action et la CCDP*[ccxxvii]. La Section de première instance avait jugé que le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances interprétant le principe « à travail égal, salaire égal » soulevait une crainte raisonnable de partialité institutionnelle. Elle avait aussi conclu qu'une exigence législative subordonnant la prorogation du mandat d'un membre du Tribunal (pour le cas où ce mandat expirerait durant l'instruction d'une affaire) à l'approbation du président du Tribunal permettait de supposer que le Tribunal n'était pas suffisamment indépendant pour présider une audience avec équité. En conséquence, l'instance concernant la plainte déposée contre Bell avait été suspendue. Appel de cette décision avait été interjeté à la Cour d'appel fédérale, dont l'arrêt a depuis été rendu[ccxxviii].

Avant d'analyser les deux questions que sont l'impartialité et l'indépendance, la Cour d'appel a fait le point sur l'historique de la procédure (l'affaire avait été renvoyée au Tribunal en mai 1996) et sur les modifications législatives qui avaient été adoptées à la suite d'autres décisions judiciaires. Elle a fait observer que la première décision de la Cour fédérale[ccxxix] en la matière avait conclu que le pouvoir du ministre fédéral de la Justice (d'après la loi telle qu'elle existait alors) de proroger le mandat d'un membre du Tribunal jetait le doute sur l'indépendance et l'impartialité de ce Tribunal. La Cour fédérale avait aussi exprimé de sérieuses réserves dans le même jugement à propos du pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances contraignantes sur « les limites et les modalités de l'application de [la *LCDP*] dans un cas donné »[ccxxx] (là encore d'après la loi telle qu'elle existait alors). Les modifications apportées à la *LCDP* et concernant le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances sont entrées en vigueur en juin 1998[ccxxxi]. Ces modifications supprimaient toute mention d'ordonnances pouvant

---

[ccxxvii] [2001] 2 F. C. 392 (D.T.)[ci-après *Bell 2000*]. Voir aussi : Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport juridique 2000* (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux 2001) n° de cat. HR1-2/2000, p. 29-31. Prière de noter : Dans le *Rapport juridique 2000*, la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale a été erronément mentionnée comme une décision émanant de la Section d'appel.

[ccxxviii] *Commission canadienne des droits de la personne* c. *Bell*, [2001] 3 C. F. 481 , 2001 C.A. F.161 (C.A.)[ci-après *Décision Bell*].

[ccxxix] *Bell Canada* c. *Association canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244 (1re inst.).

[ccxxx] *Ibid.* au par. 154.

[ccxxxi] *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada, le Code criminel et la Loi canadienne sur les droits de la personne relativement aux personnes handicapées et, en ce qui concerne la Loi canadienne sur les droits de la personne, à d'autres matières, et modifiant d'autres lois en*

s'appliquer à un cas donné et prévoyaient qu'elles ne seraient contraignantes que « dans une catégorie de cas donnés »[ccxxxii]. Ce qui avait donné lieu à la crainte la plus vive, c'était la possibilité que la Commission prenne des ordonnances applicables exclusivement à un cas auquel elle était partie. Les modifications législatives supprimaient aussi le pouvoir du ministre de la Justice d'approuver la prorogation du mandat d'un membre du Tribunal et conférait pleine autorité en la matière au président du Tribunal. Néanmoins, dans une deuxième décision (l'objet de l'appel courant), la Cour fédérale avait conclu que les modifications ne suffisaient pas à dissiper l'impression de parti pris et d'absence d'indépendance du Tribunal.

La Cour d'appel a fait observer que le pouvoir de prendre des ordonnances était manifestement nécessaire vu le langage général employé dans la *LCDP*, notamment les dispositions qui interdisaient les rémunérations discriminatoires entre hommes et femmes[ccxxxiii]. Elle a souscrit à une décision antérieure de la Cour fédérale selon laquelle « ... le Parlement était conscient qu'on ne pouvait pas trouver dans la formulation lapidaire de l'article 11 la réponse à plusieurs questions relativement à la mise en œuvre du principe de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes... La bonne interprétation de l'article 11 est que le Parlement avait l'intention de conférer aux organismes créés pour appliquer la *Loi* une marge de manœuvre pour décider, à la lumière de chaque affaire et avec l'aide de l'expertise technique disponible, comment appliquer le principe, inscrit dans la loi, de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes dans un cadre d'emploi donné »[ccxxxiv]. Le pouvoir d'établir des règles normatives apparentées aux textes réglementaires est en principe conféré au gouverneur en conseil, mais la Cour d'appel n'a considéré nullement inacceptable de déroger à cette pratique. Elle a fait observer que la Commission serait empêchée d'agir arbitrairement étant donné que les ordonnances prises sous son autorité seraient prises dans l'exercice d'un pouvoir législatif conféré sous le régime d'une loi fédérale et entreraient donc dans les définitions de « règlement » et de « texte réglementaire », à l'art. 2 de la *Loi sur les textes réglementaires*[ccxxxv]. Les ordonnances prises seraient par conséquent soumises aux sauvegardes énoncées dans cette *Loi*, lesquelles englobent la conformité à la *Charte canadienne des droits et libertés*[ccxxxvi] et à la *Déclaration canadienne des droits*[ccxxxvii].

---

conséquence, L.C. 1998, ch. 9.

[ccxxxii] *Ibid.* à l'art. 20(2).

[ccxxxiii] Le paragraphe 11(1) de la *Loi* prévoit ce qui suit : « Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes ».

[ccxxxiv] Précité, note 227 au par. 36. La Cour d'appel citait le jugement *Canada (P.G.)* c. *Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1re inst.).

[ccxxxv] L. R.C. 1985, c. S-22.

[ccxxxvi] Précité note 2.

[ccxxxvii] *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 reproduit dans L.R.C. 1985, appendice III.

Quant à la présumée impression de partialité institutionnelle découlant de la force obligatoire, pour le Tribunal, des ordonnances générales sur la parité salariale, la Cour d'appel a estimé que le juge des requêtes n'accordait pas suffisamment d'importance aux modifications législatives qui avaient supprimé la référence à un cas donné. Selon elle, ces modifications avaient pour objet de faire en sorte que les ordonnances établissent des règles générales applicables à tous les cas tombant dans une catégorie donnée. Selon ses propres mots : « ... Cette façon de procéder supprime, dans une large mesure, la possibilité que possédait auparavant la Commission d'intervenir dans l'examen d'un cas particulier. Cela constitue un changement important. Selon la version antérieure du paragraphe 27(2), la Commission pouvait, grâce à l'émission de directives, influencer le résultat d'une plainte donnée; en théorie, elle aurait même pu adopter une directive visant précisément la plainte en question. Cela n'est plus possible. Il me semble que des directives régissant une "catégorie de cas donnés" et appelées à faire l'objet d'une application générale et impersonnelle risquent beaucoup moins de soulever une crainte raisonnable de partialité institutionnelle »[ccxxxviii]. La Cour a aussi exprimé l'avis que, si la Commission pouvait selon la *LCDP* à la fois jouer un rôle d'exécution et établir des règles normatives, il n'en résultait pas pour autant une crainte raisonnable de partialité. Elle a souligné que le critère à appliquer (énoncé dans plusieurs décisions judiciaires) était de savoir si « une personne bien informée qui examinerait la situation de façon réaliste et concrète - et qui aurait réfléchi à la question - n'éprouverait pas une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas »[ccxxxix]. Appliquant ce critère à l'affaire dont elle était saisie, la Cour d'appel n'a pu trouver aucune crainte de partialité.

La Cour d'appel a aussi infirmé la décision du juge des requêtes sur la question de l'indépendance institutionnelle. Cette question avait été soulevée à la lumière du pouvoir du président du Tribunal d'approuver la prorogation du mandat d'un membre du Tribunal si ce mandat devait expirer durant l'instruction d'une affaire[ccxl]. Un examen du rôle et du pouvoir du président, et notamment le fait qu'il ne peut être démis de ses fonctions au cours de son mandat de sept ans si ce n'est pour un motif déterminé, garantit l'indépendance administrative de sa charge à l'égard de la branche exécutive du gouvernement. Par ailleurs, un contrôle judiciaire est toujours possible si le président abuse de son pouvoir lorsqu'il exerce des fonctions administratives selon la *LCDP*. Vu qu'il n'y avait pas raisonnablement lieu de craindre que le président abuse de sa discrétion administrative en n'agissant pas de bonne foi et dans l'intérêt du Tribunal, la Cour d'appel n'a pu trouver aucune raison de mettre en doute l'indépendance du Tribunal. L'autorisation de faire appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale à la Cour suprême du Canada a été accordée (sans exposé des motifs) le 13 décembre 2001[ccxli].

[ccxxxviii] Précité note 227 au par. 39.

[ccxxxix] *Ibid.* au par. 41.

[ccxl] Il s'agit du par. 48.2 (2) de la *LCDP* : « Le membre dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi. Il est alors réputé être un membre à temps partiel pour l'application des art. 48.3, 48.6, 50 et 52 à 58 ».

[ccxli] Précité note 227, requête en autorisation de pourvoi auprès de la C.S.C.accordée, [2001] S.C.C.A. n° 406, dossier n° 28743 (S.C.C.A.).

Une autre affaire soulevant des questions semblables de partialité et d'indépendance institutionnelle au regard du pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances, ainsi qu'au regard de la rémunération des membres du Tribunal, a récemment été examinée par la Cour d'appel fédérale, qui a rendu son arrêt le même jour que l'arrêt *Bell*[ccxlii]. L'historique procédural de ce différend en matière d'équité salariale est aussi complexe que celui de l'affaire *Bell* examinée ci-dessus, mais l'attention de la Cour d'appel dans cette affaire s'est limitée à certaines questions de procédure, dont l'une concernait la qualité pour agir du gouvernement des T.N.-O. dans la contestation de la validité de certaines parties de la *LCDP*, qui prétendument établissaient un régime contraire aux règles de la justice naturelle. La Commission avait soutenu vigoureusement que le gouvernement des T.N.-O., n'ayant pas juridiquement acquis le statut constitutionnel d'une province, constituait une partie de la Couronne du chef du Canada et en tant que tel ne saurait contester la validité des lois fédérales. C'est sur ce fondement que la Section de première instance de la Cour fédérale avait refusé au gouvernement des T.N.-O. la qualité pour soutenir que la *LCDP* contrevenait aux normes d'impartialité et d'indépendance.

La Cour d'appel a exprimé son désaccord avec cette conclusion. Elle a jugé que la nature des arguments mis en avant par le gouvernement des T.N.-O. n'avait pas été bien comprise. Essentiellement, d'expliquer la Cour d'appel, le gouvernement des T.N.-O. n'avait pas tenté de contester la validité de la *LCDP* : « Il se fonde en réalité sur la *Loi* elle-même, telle qu'adoptée, pour soutenir et démontrer que les paragraphes 27(3) et 48.2(2) ont pour effet de le priver de son droit reconnu par la *common law* d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Dans la demande de contrôle judiciaire dans laquelle la qualité d'agir lui a été refusée, l'appelant a tout au plus donné à ces deux paragraphes une interprétation contraire à celle que souhaitaient les deux intimées. Autrement dit, la position qu'a adoptée l'appelant au sujet des paragraphes contestés porte davantage sur l'interprétation et l'effet de la *Loi* que sur sa validité »[ccxliii]. Selon la Cour, le gouvernement des T.N.-O. était une création du droit fédéral, mais il avait néanmoins qualité pour demander la reconnaissance et la mise à exécution des pouvoirs que lui confère la loi fédérale. Par ailleurs, de conclure la Cour : « La qualité que possède l'appelant comporte également le droit de demander, comme le prévoit les règles de la justice naturelle, à un tribunal indépendant et impartial d'appliquer et d'interpréter une *Loi* dont l'appelant ne conteste pas la validité. J'estime que le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a refusé à l'appelant la qualité nécessaire "pour prétendre que les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou de l'un de ses règlements d'application créent un régime non conforme aux exigences de la justice naturelle" »[ccxliv].

[ccxlii] *Gouvernement des T.N.-O.* c. *Alliance de la fonction publique du Canada et al.*, [2001] 3 C .A. 566 (C.A.).

[ccxliii] *Ibid.* au par. 14.

[ccxliv] *Ibid.* au par. 15.

Procédure impartiale selon la *Déclaration des droits*

À propos de l'allégation de partialité institutionnelle par suite de la nature contraignante de l'ordonnance sur la parité salariale, la Cour d'appel a adopté son raisonnement exposé dans l'arrêt *Bell*. Néanmoins, elle a ensuite examiné quel recours pourrait avoir une partie lésée si l'on présumait que les dispositions législatives en question allaient notablement à l'encontre des normes d'impartialité et d'indépendance. La Cour a reconnu que la portée exacte des règles de justice naturelle, dont procèdent les normes d'impartialité et d'indépendance, peut être modifiée par une formulation législative expresse dans la mesure où elles s'appliquent aux organismes et tribunaux administratifs. Toutefois, cette modification des lois devait être évaluée par rapport aux dispositions figurant dans l'al. 2*e*) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui garantissent à toute personne qu'elle ne sera pas privée du droit à une audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale[ccxlv]. Ces dispositions obligent un tribunal qui statue sur les droits d'une personne à « agir équitablement, de bonne foi, sans prévention et dans une humeur judiciaire »[ccxlvi]. Quant à savoir si la Couronne est une « personne » et donc si elle est fondée à revendiquer cette protection, la Cour s'est référée à la jurisprudence selon laquelle les personnes morales comme les personnes physiques sont comprises dans le texte de l'al. 2*e*) de la *Déclaration des droits*. La jurisprudence établissait aussi que la Couronne du chef du Canada était, aux fins du droit, une « personne » en common law. La Cour a aussi souligné que la protection constitutionnelle du droit à un procès équitable (selon la *Charte des droits et libertés*) ne s'étendait pas aux instances civiles introduites devant les tribunaux administratifs. L'alinéa 2*e*) de la *Déclaration des droits* pouvait donc jouer un important rôle supplémentaire pour aider à définir le champ des garanties procédurales applicables à de telles instances. Eu égard à ces considérations, la Cour a conclu que la Couronne n'était pas empêchée d'invoquer le droit à une audition impartiale, garanti par la *Déclaration des droits*[ccxlvii].

[ccxlv] Précité note 236.

[ccxlvi] La Cour d'appel s'est référée à l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Duke* c. *La Reine*, [1972] R.C.S. 917, à la p. 923 : « En vertu de l'art. 2*e*) de la *Déclaration des droits*, aucune loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer de manière à priver [une personne] d'une "audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale". Sans entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l'ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu'il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause ».

[ccxlvii] La Cour s'est exprimée ainsi : « Compte tenu de l'important rôle supplétif que joue la Déclaration canadienne des droits et de l'importance pour un plaideur de voir ses droits et ses obligations déterminés au cours d'une audition impartiale, je ne vois aucune raison impérieuse pour laquelle le mot "personne" figurant à l'alinéa 2*e*) ne viserait pas Sa Majesté la Reine ou la Couronne. Je ne vois pas pourquoi ces personnes, et les citoyens qu'elles représentent, n'auraient pas droit à une audition équitable lorsqu'elles sont parties à une instance administrative ou civile. Ce serait parodier la justice que de ne pas leur reconnaître, sur le plan des principes, en particulier, lorsqu'elles sont défenderesses dans une instance, le droit à une audition équitable que leur garantit l'alinéa 2*e*) ». Précité, note 227 au par. 55.

La Cour n'a énoncé aucune conclusion de fond concernant la manière dont l'ordonnance sur la parité salariale pourrait faire obstacle au droit à un procès équitable, mais elle a décrit le genre de recours qui serait possible en cas de contravention aux normes de l'équité procédurale selon la *Déclaration des droits*. Dans un cas aussi hypothétique, l'ordonnance serait déclarée inopérante, mais uniquement pour ce qui concerne l'instance considérée. L'instruction de la plainte se déroulerait alors sous la réserve que l'ordonnance ne s'imposerait pas aux membres du tribunal chargés de disposer de l'affaire. L'autorisation d'interjeter appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale à la Cour suprême du Canada a été accordée (sans que des motifs soient énoncés) le 13 décembre 2001[ccxlviii].

Suspension de l'instance

L'affaire que nous venons d'examiner (qui concernait un différend avec le gouvernement des T.N.-O. portant sur l'équité salariale) a aussi donné lieu à une demande de suspension de l'instance jusqu'à ce que l'appel du gouvernement soit liquidé[ccxlix]. La demande fut présentée à la Cour fédérale après que le Tribunal eut décidé d'autoriser la Commission et la plaignante à achever leur preuve (qui alors touchait à sa fin) pour ensuite ajourner l'audience jusqu'à ce que la Cour d'appel statue sur les questions d'impartialité et d'indépendance. Le Tribunal était d'avis que cela permettrait au gouvernement des T.N.-O. d'être pleinement informé de l'issue de son appel avant de produire sa propre preuve sur le bien-fondé de la plainte.

Devant la Cour d'appel fédérale, le gouvernement des T.N.-O. a soutenu que sa demande remplissait le triple critère permettant de dire si une suspension de l'instance devrait être accordée. D'abord, les points de droit soulevés dans son appel (à propos de l'impartialité et de l'indépendance du tribunal) étaient des questions graves qui méritaient d'être examinées. Deuxièmement, le gouvernement des T.N.-O. subirait un préjudice irréparable si une suspension n'était pas accordée et qu'il obtenait finalement gain de cause dans son appel. Finalement, le préjudice que risquait de subir le gouvernement des T.N.-O. était plus grand que le préjudice que risquaient de subir les autres parties. La Cour accorda que les questions soulevées dans l'appel étaient sérieuses, mais elle n'a pu admettre que le gouvernement des T.N.-O. subirait un préjudice irréparable si une suspension de l'instance n'était pas accordée. En décidant de la sorte, la Cour a souligné que le Tribunal avait restreint la poursuite de l'audience à l'achèvement de la preuve déjà commencée : « Je ne puis retenir [l'argument du demandeur], compte tenu en particulier de la décision que le tribunal a prise d'ajourner l'instance en attendant l'issue de cet appel une fois que la Commission et l'AFPC auront présenté toute leur preuve avant la clôture de l'affaire... Le gouvernement n'a proposé aucun fondement me permettant de conclure que le fait de simplement permettre à la Commission et à l'AFPC de présenter le reste de leur preuve lui causera un préjudice irréparable »[ccl]. La Cour a souligné aussi que le gouvernement des T.N.-O.

[ccxlviii] *Supra* note 241, requête en autorisation de pourvoi auprès de la C.S.C.accordée, [2001] C.S.C.R. n° 405, dossier n° 28737 (C.S.C.R.).

[ccxlix] *Gouvernement des T.N.-O.* c. *Alliance de la fonction publique du Canada et al.* (le10 janvier 2001), n° A-13-00 (C.A.F.).

[ccl] *Ibid.* au par. 18.

n'avait pas soutenu que son contre-interrogatoire des témoins restants de la Commission et de l'AFPC serait influencé par l'issue de son appel concernant l'impartialité et l'indépendance du Tribunal. La Cour a donc rejeté la demande de suspension, mais elle a aussi indiqué que, si le Tribunal décidait de continuer l'instance après que la Commission et l'AFPC auraient achevé leur preuve, le gouvernement des T.N.-O. pourrait à juste titre présenter une nouvelle demande à la Cour.

Application de la *LCDP* à la Chambre des communes

La compétence du Tribunal des droits de la personne pour instruire une plainte de discrimination dans l'emploi déposée contre le président de la Chambre des communes a été contestée devant la Cour fédérale comme une procédure incompatible avec le principe de l'immunité parlementaire[ccli]. La question a été soumise à la Cour en appel de la décision majoritaire du Tribunal, qui avait conclu que l'embauchage d'un chauffeur par le président de la Chambre n'entrait pas dans les fonctions essentielles de l'organe législatif, ni ne mettait en jeu sa dignité, son intégrité ou l'efficacité de ses opérations. En l'occurrence, le Tribunal avait jugé que la *LCDP* s'appliquait bel et bien à la plainte, laquelle comportait des allégations de discrimination fondée sur la race, la couleur et l'origine nationale ou ethnique. (La décision du Tribunal est résumée plus loin, sous la rubrique *Ordonnances interlocutoires du Tribunal*.)

La Cour fédérale a reconnu que la Chambre des communes jouit d'un certain nombre de privilèges qui s'attachent à elle collectivement, par opposition aux privilèges qui s'appliquent à chacun de ses membres. Ces privilèges collectifs sont : [TRADUCTION] « le pouvoir d'appliquer des sanctions disciplinaires aux députés et de les expulser; la réglementation de ses propres affaires intérieures; le pouvoir de préserver l'assiduité et le service des députés; le droit d'ouvrir des enquêtes et d'appeler des témoins et d'exiger des documents; le droit de faire prêter serment aux témoins; et le droit de publier des documents contenant des propos diffamatoires »[cclii]. La question de savoir si telle ou telle activité de l'organe législatif donne lieu à l'immunité parlementaire dépend d'un critère de nécessité, qui a été énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.* c. *Nouvelle-Écosse (président de l'Assemblée législative)*[ccliii]. Ce critère est rempli lorsque l'affaire examinée engage la dignité d'un corps législatif ou l'efficacité de ses opérations. Compte tenu de la jurisprudence applicable

---

[ccli] *Chambre des communes et l'honorable Gilbert Parent* c. *Vaid et la Commission canadienne des droits de la personne* (le 4 décembre 2001), n° T-732-01 (C.F 1ère inst.).[ci-après *Chambre des communes*].

[cclii] *Ibid.* au par. 32.

[ccliii] [1993] 1 R.C.S. 319. Le critère est reproduit au paragraphe 34 du jugement de la Cour fédérale : « Le critère de nécessité est appliqué non pas comme une norme pour juger le contenu du privilège revendiqué, mais pour déterminer le domaine nécessaire de compétence « parlementaire » ou « législative » absolue et exclusive. Si une question relève de cette catégorie nécessaire de sujets sans lesquels la dignité et l'efficacité de l'Assemblée ne sauraient être maintenues, les tribunaux n'examineront pas les questions relatives à ce privilège. Toutes ces questions relèveraient plutôt de la compétence exclusive de l'organisme législatif ».

et des textes doctrinaux, la Cour fédérale a conclu que la gestion et la nomination d'un personnel entrent dans le champ de l'immunité parlementaire. En bref, ce pouvoir de gestion est jugé nécessaire au bon fonctionnement de la Chambre des communes.

Appliquant le critère de nécessité, la Cour fédérale a fait ressortir l'importance de ne pas entreprendre une évaluation qualitative de la proximité d'une relation d'emploi donnée par rapport aux fonctions essentielles de l'organe législatif. Selon elle, toute évaluation du genre rendrait futile l'immunité parlementaire, parce qu'elle obligerait [TRADUCTION] « ... les tribunaux à entreprendre chaque fois une enquête pour savoir si une responsabilité professionnelle donnée entre dans le champ essentiel du privilège parlementaire. Il ne fait aucun doute que, dans de nombreux cas, il sera difficile de tracer la ligne de partage »[ccliv]. En l'occurrence, le caractère éloigné d'un emploi de chauffeur par rapport aux fonctions législatives de la Chambre des communes n'a donc pas été jugé comme un facteur disposant de la question de l'immunité. C'est la relation de subordination entre l'employé et le président de la Chambre qui faisait entrer effectivement le poste de chauffeur dans le champ de l'immunité.

Même si le pouvoir de nommer et de gérer un personnel était protégé par l'immunité parlementaire, la Cour fédérale s'est néanmoins demandé si un texte législatif quelconque constituait une renonciation à l'immunité pour certaines catégories d'employés. Plus précisément, elle a examiné les dispositions de la *Loi sur les relations de travail au Parlement*[cclv]. Elle a conclu que la *Loi* faisait siennes certaines dispositions du *Code canadien du travail*[cclvi] seulement dans la mesure où elles concernaient les accidents et les risques pour la santé, ainsi que les normes applicables aux heures de travail, aux rémunérations, aux vacances et aux jours fériés. Pour tous les autres aspects, les termes mêmes de la *Loi* indiquaient clairement que les privilèges de la Chambre des communes et du Sénat étaient préservés. La Cour a donc rejeté l'argument selon lequel un texte législatif avait eu pour effet de supprimer le privilège à l'égard d'employés tels que le plaignant dans l'affaire considérée.

Malgré ses conclusions initiales défavorables au plaignant, la Cour a achevé son analyse du privilège revendiqué en examinant un important principe établi par la Cour suprême, selon lequel les motifs de l'inhabilité de membres d'un organe législatif fondés sur la race et le sexe ne sauraient relever des règles régissant à juste titre les activités de tels organes[cclvii]. Les décisions

---

[ccliv] Précité note 250 au par. 55.

[cclv] *Loi sur les relations de travail au Parlement*, S.R.C. 1985, ch. 33.

[cclvi] *Code canadien du travail*, S.R.C. 1985, ch. L-2.

[cclvii] *Harvey* c. *Nouveau-Brunswick (P.-G.)*, [1996] 2 R.C.S. 876. À propos de l'expulsion d'un membre d'une assemblée législative (pour des raisons de corruption) par l'organe législatif en question, la Cour suprême s'est exprimée ainsi : « L'expulsion et l'inhabilité à remplir une charge peuvent échapper à l'application de l'art. 3 [de la *Charte*] si l'on conclut qu'elles relèvent du privilège parlementaire. Mais cet article a encore pour effet d'empêcher que des citoyens deviennent inhabiles à occuper une charge pour des motifs non visés par les règles auxquelles le Parlement et les législatures assujettissent la conduite de leurs affaires; la race et le sexe constitueraient des exemples de motifs qui tombent dans cette catégorie ». L'art. 3 de la *Charte*

fondées sur des motifs illégitimes ne peuvent donc être protégées par le principe de l'immunité parlementaire. La Cour fédérale a étendu ce raisonnement à l'affaire dont elle était saisie, concluant que [TRADUCTION] « ... le champ du privilège ne s'étend pas aux violations des droits de la personne car cette matière n'entre pas dans la sphère nécessaire des matières sans lesquelles la dignité et l'efficacité de la Chambre ne peuvent être préservées »[cclviii]. Elle a par la même occasion souligné aussi qu'elle n'examinait pas la manière dont un pouvoir protégé par l'immunité était exercé dans un cas donné. Selon elle, une cour de justice pouvait à juste titre évaluer la légitimité du privilège revendiqué en examinant les motifs sur lesquels il était fondé. Elle a conclu que [TRADUCTION] « la Chambre ne devrait pas tenir lieu de sanctuaire soustrait à l'application de la loi sauf s'il existe un conflit manifeste avec une matière qui relève du privilège. Comme l'a fait observer l'un des intervenants, si le *Code criminel*, qui n'a pas de statut constitutionnel, s'applique aux relations de travail à l'intérieur de la Chambre, alors la *LCDP* également. Juger autrement reviendrait à donner au privilège parlementaire un contenu contraire aux droits à l'égalité garantis par la *Charte*, droits dont les dispositions de la *LCDP* se font aussi l'écho »[cclix]. Elle a donc jugé que le Tribunal des droits de la personne avait la compétence nécessaire pour instruire la plainte de discrimination déposée par un chauffeur travaillant pour le président de la Chambre des communes.

Nouvelles qualités requises des membres du Tribunal

Les modifications apportées à la *LCDP* qui sont entrées en vigueur le 30 juin 1998 ont institué un nouveau Tribunal canadien des droits de la personne et officialisé l'obligation pour ses membres d'avoir « une expérience et des compétences dans le domaine des droits de la personne, y être sensibilisés et avoir un intérêt marqué pour ce domaine »[cclx]. Cette règle a été contestée parce qu'elle établirait une crainte raisonnable de partialité, en ce que les membres du Tribunal se qualifiant ainsi ne seraient pas en mesure d'établir un juste équilibre entre les droits à l'égalité selon la *LCDP* et les libertés et droits rivaux garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*[cclxi]. Le tribunal devant lequel cet argument fut d'abord soulevé, et le juge des requêtes saisi d'un appel contre la décision du tribunal, ont tous deux rejeté cette prétention. Le tribunal a estimé que les qualités requises énoncées au paragraphe 48.1(2) de la *LCDP* se rapportaient aux droits de la personne au sens le plus large, quel que soit leur fondement législatif ou constitutionnel. Par ailleurs, le devoir primordial des membres du tribunal est d'aspirer à l'équité et à une résolution juste des plaintes de discrimination.

La Cour d'appel fédérale a jugé que les nouvelles règles instituées en 1998 ne s'appliquaient pas

---

reconnaît que tout citoyen canadien est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

[cclviii] *Ibid.* au par. 81.

[cclix] *Ibid.* au par. 80.

[cclx] Précité art. 27. Cette disposition est maintenant le par. 48.1(2) de la *LCDP*.

[cclxi] *Zundel* c. *Citron et al.* (le 25 juin 2001), n° A-25-00 (C.A.F.) [ci-après *Zundel CAF*].

techniquement aux membres d'un tribunal constitué avant cette date, et elle aurait par conséquent rejeté l'appel sur ce fondement, mais elle a néanmoins étudié les allégations de partialité appréhendée. Elle a jugé qu'un tribunal composé de personnes douées de « sensibilité aux droits de la personne » ne serait pas de ce fait aveugle ou insensible aux intérêts ou arguments des parties défenderesses dans les affaires relevant de la *LCDP*. Selon ses propres mots : « Lorsque l'expression en question est interprétée par rapport aux autres conditions de nomination, à savoir l'expérience, les compétences et l'intérêt marqué pour les droits de la personne, le fait d'être sensibilisé laisse tout au plus entendre la nécessité de reconnaître les droits de la personne au sens général du terme et d'en être conscient. Contrairement à ce que l'appelant a soutenu, cette expression n'exige pas que les membres soient prédisposés à admettre les arguments à l'appui des droits de la personne ou qu'ils soient favorables à pareils arguments, comme certaines définitions lexicographiques peuvent l'indiquer lorsqu'elles sont considérées isolément. Le fait d'être sensibilisé aux droits de la personne ne veut pas dire que l'on n'est pas sensibilisé à d'autres droits. Cette expression vise uniquement à exclure les gens qui font preuve d'étroitesse d'esprit à l'égard des questions de droits de la personne »[cclxii].

Questions de fait et de droit

Appel a été interjeté à la Cour fédérale, pour plusieurs présumées erreurs de droit et conclusions de fait erronées, d'une décision du Tribunal se rapportant à une pratique syndicale qui entraînait une discrimination à l'encontre des femmes (décision examinée dans le Rapport juridique 2000)[cclxiii]. Une erreur de droit qui apparaissait à la lecture du dossier concernait la décision du

---

[cclxii] *Ibid.* au par. 14.

[cclxiii] *International Longshore and Warehouse Union (Section des services maritimes), section locale 400* c. *Helen Oster et al.*, Cour d'appel fédérale (le15 octobre 2001), n° T-1672-00 (C.F. 1ère inst.). Pour un examen de l'historique de cette plainte, voir le Rapport juridique 2000, précité, à la p. 15. À titre de question préliminaire, la Cour fédérale a examiné la norme de contrôle qui devait s'appliquer à diverses conclusions du Tribunal. Elle a reconfirmé la jurisprudence bien établie qui impose d'une part la norme de la décision correcte aux questions de droit et d'autre part la norme de la décision manifestement déraisonnable aux conclusions de fait. Elle a en même temps rejeté les arguments selon lesquels les modifications apportées à la *LCDP* en 1998 et les arrêts plus récents de la Cour suprême et de la Cour d'appel fédérale ont notablement modifié l'approche qui devrait être adoptée devant les questions de contrôle judiciaire des décisions du Tribunal. Simultanément, la Cour a reconnu que la Cour suprême avait, dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1998] 1 R.C.S. 982, approuvé une approche pragmatique et fonctionnelle dans la détermination d'une norme adéquate de contrôle. Les facteurs à prendre en compte dans cette approche fonctionnelle sont les suivants : (i) les indicateurs explicites de la loi, (ii) l'expertise relative d'un tribunal administratif dans l'affaire dont il est saisi, (iii) l'objet de la loi, et (iv) la « nature » du problème, c.-à-d. le point de savoir s'il s'agit d'une question de droit, d'une question de fait ou d'une question mixte de droit et de fait. À la lumière de ces facteurs, la Cour a conclu que les normes de contrôle applicables aux questions dont elle était saisie étaient [TRADUCTION] « la norme de la décision correcte pour les questions de droit, la norme de la décision raisonnable *simpliciter* pour les questions mixtes de droit et de fait et la norme de la décision manifestement déraisonnable pour le travail d'établissement des faits et le travail de décision dans un contexte

Tribunal d'examiner et de trancher des objections préliminaires du syndicat qui se rapportaient à l'opportunité de la plainte. Le Tribunal avait reconnu que sa compétence pour examiner la décision de la Commission de proroger le délai de dépôt d'une plainte posait problème (en raison de courants jurisprudentiels divergents), mais il a néanmoins conclu qu'il avait le pouvoir de statuer sur les conclusions du syndicat en la matière. La Cour fédérale a jugé que le Tribunal avait, en statuant ainsi, commis une erreur au regard de la norme de la décision correcte, mais il a également jugé que l'erreur était sans conséquence pour la décision quant au fond de la plainte et qu'elle ne pouvait donc servir à l'infirmer.

S'agissant des présumées erreurs entachant les questions mixtes de droit et de fait, la Cour fédérale a appliqué la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Malgré les arguments avancés par le Syndicat, la Cour n'a pu trouver aucune mauvaise interprétation du droit dans la manière dont le Tribunal avait compris le triple critère énoncé dans la décision *Shakes*[cclxiv] pour savoir si un commencement de preuve de discrimination avait été établi. Par ailleurs, le Tribunal avait eu raison de modifier ce critère pour l'adapter aux aspects particuliers du système de régulation du Syndicat afin de savoir s'il y avait eu acte discriminatoire. De plus, l'application de ce critère aux faits de la plainte remplissait la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

On ne pouvait dire non plus que le Tribunal avait tiré ses conclusions de fait d'une manière abusive ou arbitraire, ou sans tenir compte de la preuve produite. En d'autres termes, il n'y avait rien de manifestement déraisonnable dans les inférences tirées par le Tribunal de la preuve dont il disposait, ni à l'égard d'autres faits établis par la preuve. Le Tribunal n'était pas non plus tenu, pour expliquer sa décision finale, de faire référence à chaque élément de preuve ainsi produit. Le juge de la Cour fédérale a estimé que [TRADUCTION] « eu égard à l'ensemble des motifs du Tribunal, je suis persuadé qu'il lui était loisible de tirer les conclusions de fait qu'il a tirées, en particulier au regard de la norme de l'erreur manifestement déraisonnable, norme qui, j'en suis sûr, est la norme à appliquer au regard des conclusions de fait tirées par un Tribunal canadien des droits de la personne »[cclxv].

---

de droits de la personne ». Voir paragraphe 22 de sa décision.

[cclxiv] *Shakes* c. *Rex Pak Ltd.* (1981) 3 C.H.R.R. D/1001.(Ont. Bd. Inq.) La Cour mentionne aussi l'affaire *Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* c. *Chander et al.* (1997) 131 F.T.R. 301. Un commencement de preuve est établi si : (i) le plaignant était qualifié pour l'emploi visé, (ii) le plaignant n'a pas été embauché, (iii) quelqu'un non mieux qualifié que le plaignant, mais ne présentant pas la caractéristique distinctive qui est à la base de la plainte en matière de droits de la personne, a par la suite obtenu le poste.

[cclxv] Précité, note 262 au par. 46.

Signification de l'expression *même établissement*, dans les différends concernant l'équité salariale

Un différend en matière d'équité salariale faisant intervenir les agents de bord d'Air Canada a fait l'objet d'une plainte auprès de la Commission en novembre 1991. Les agents de bord, surtout des femmes, affirmaient qu'elles étaient victimes de discrimination parce qu'elles étaient moins bien rémunérées que les groupes de référence à prédominance masculine et parce que leurs échelles de rémunération exigeaient d'elles plus de temps pour atteindre le salaire maximum que ce n'était le cas pour les groupes de référence à prédominance masculine. Les groupes de référence étaient les suivants : (i) les premiers officiers et les officiers en second qui pilotent les avions, et (ii) les travailleurs qui exécutent les services de maintenance et autres services techniques sur les avions d'Air Canada et aux endroits où Air Canada exerce ses activités. Une plainte semblable fut également déposée contre Lignes aériennes Canadien International en juillet 1992.

Au tout début de l'enquête, les deux compagnies aériennes se sont portées à la défense de leurs politiques salariales en soutenant que les groupes de travailleurs auxquels se comparaient les agents de bord n'étaient pas employés dans le même « établissement », au sens de l'art. 11 de la *LCDP*[cclxvi]. Pour résoudre cette question préliminaire (qui avait incité les compagnies défenderesses à demander une ordonnance judiciaire mettant fin à l'instruction de la plainte), un Tribunal spécial composé de trois membres fut nommé et prié de voir comment le mot « établissement » devrait être interprété et appliqué. L'examen de cette question engloba éventuellement aussi le sens qu'il fallait donner à l'art. 10 de l'Ordonnance sur la parité salariale (OPS), adoptée en vertu du par. 27(2) de la *LCDP* :

> Pour l'application de l'article 11 de la *Loi*, les employés d'un établissement comprennent, indépendamment des conventions collectives, tous les employés au service de l'employeur qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires, que celle-ci soit ou non administrée par un service central.[cclxvii]

Le Tribunal a jugé qu'une bonne interprétation de ces dispositions n'empêchait pas la prise en compte de conventions collectives. Autrement dit, lorsqu'on voulait savoir si des employés du même employeur étaient visés par la même politique en matière de personnel et de salaires, ni l'art. 11 de la *LCDP* ni l'art. 10 de l'OPS n'empêchaient la prise en compte de conventions collectives. Elles constituaient un facteur parmi beaucoup d'autres dont il fallait tenir compte pour arriver à une décision. Le Tribunal a aussi conclu que l'art. 11 n'établissait pas une définition globale du mot « établissement », au sens où tous les employés du même employeur étaient réputés travailler dans le même établissement. Il convenait donc d'être prudent lorsqu'on examinait des facteurs tels que les « fonctions essentielles », l'« interdépendance » des

---

[cclxvi] Le paragraphe 11(1) de la *LCDP* est formulé ainsi : « Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes ».

[cclxvii] DORS/86-1082, art. 27(2).

travailleurs et les droits de la direction, qui dans les lieux de travail syndiqués, s'appliquent à l'ensemble des unités de négociation. Le Tribunal a souligné qu'une analyse fonctionnelle était nécessaire pour arriver à une bonne interprétation du mot « établissement », une interprétation qui englobait une prise en compte des politiques générales de ressources humaines, mais qui n'excluait pas la prise en compte de conventions collectives.
Appliquant cette interprétation aux faits de la plainte, le Tribunal a conclu que les trois groupes d'employés constitués par les « pilotes », les « agents de bord » et les « employés des opérations techniques » étaient des établissements distincts au sens de l'art. 11 de la *LCDP*. Il a souligné que ces trois groupes avaient eu pendant de nombreuses années des unités de négociation différentes et des conventions collectives différentes et que le mécanisme d'accréditation de ces unités avait englobé une évaluation des intérêts communs de leurs employés respectifs, à savoir les rémunérations, les heures de travail et les conditions de travail. La grande majorité des politiques en matière de personnel et de salaires qui étaient applicables à chaque groupe se trouvaient dans des conventions collectives négociées par chaque unité de négociation. Même si certains éléments des politiques en matière de ressources humaines et des stratégies de négociation des sociétés défenderesses étaient communs aux trois groupes considérés, le Tribunal a estimé que cela ne permettait pas d'ignorer l'incidence évidente des modalités apparaissant dans les diverses conventions collectives. Appel de cette décision a été interjeté à la Cour fédérale à la fois par la Commission et par le Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP) représentant les agents de bord[cclxviii].

Une question essentielle soumise à la Cour fédérale concernait la lecture qu'il convenait de faire de l'expression « indépendamment des conventions collectives », à l'art. 10 de l'OPS. Le Tribunal avait rejeté l'argument selon lequel cette expression faisait obstacle à une prise en compte des conventions collectives pour savoir si des groupes d'employés étaient visés par une politique commune en matière de personnel ou de salaires. La Cour fédérale a souscrit au raisonnement du Tribunal sur ce point, en partie parce que l'emploi du mot « indépendamment » ne visait pas à résoudre une incohérence ou une contradiction entre des dispositions, analogue à celle qui pourrait exister entre deux art. de la *LCDP*, par exemple entre les par. 11(1) et 11(4) ou entre les par. 9(1) et 9(2)[cclxix]. D'ailleurs, décider autrement conduirait à des applications

---

[cclxviii] *Commission canadienne des droits de la personne et SCFP (Division du transport aérien)* c. *Lignes aériennes Canadien International Ltée et Air Canada* (le 27 juillet 2001), n° T-62-99, T-63-99 (C.F. 1ère inst.)[ci-après *Lignes aériennes*].

[cclxix] Selon la Cour : « Interpréter les mots "indépendamment", "notwithstanding" ou "nonobstant" comme englobant le mot "contraires" impliquerait que le mot "indépendamment" était utilisé pour résoudre une incohérence ou une contradiction entre les dispositions considérées. Mais, dans les dispositions mentionnées par les demandeurs, il n'existe aucune telle incohérence ou contradiction. Par conséquent, l'emploi du mot "notwithstanding" (nonobstant) dans ces cas ne signale qu'une exception à une disposition antérieure. Le paragraphe 11(1) dit que constitue un acte discriminatoire le fait de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes. Le paragraphe 11(4) établit simplement une exception lorsque certains faits sont constatés, à savoir lorsque la disparité salariale est fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par l'OPS de 1986... Par conséquent, je rejette l'argument des demandeurs selon lequel les mots "indépendamment des conventions collectives" signifient en réalité "indépendamment des conventions collectives contraires". » *Ibid.*, aux

incohérentes de la définition de « salaire », au par. 11(7) de la *LCDP*, selon que les facteurs indiqués au par. 11(7) figuraient dans des conventions collectives ou non. Comme l'a indiqué la Cour : « La conséquence logique de l'argument des demandeurs serait que des comparaisons salariales aux fins du paragraphe 11(1) engloberaient une prise en compte de tous les éléments de rémunération énumérés au paragraphe 11(7), mais simultanément la recherche de similitudes salariales en vue de déterminer quels employés font partie d'un établissement exclurait la prise en considération des éléments de rémunération énumérés au paragraphe 11(7) si tels éléments étaient contenus dans des conventions collectives »[cclxx]. La Cour a accordé que l'examen d'une convention collective intéressait la question d'une politique commune en matière de personnel et de salaires, mais tous les autres facteurs et éléments au-delà de telles conventions devaient être considérés eux aussi.

Les décisions du Tribunal concernant la recevabilité de la preuve ont elles aussi été contestées pour le motif qu'elles constituaient un manquement aux principes de justice naturelle. Vu son mandat premier, qui consistait à examiner le sens et l'application du mot « établissement », le Tribunal avait refusé d'autoriser la production d'une preuve d'expert au regard de la prédominance de tel ou tel sexe dans certains groupes professionnels chez Air Canada, de même que la production d'une preuve contextuelle générale tendant à révéler une discrimination salariale systémique à l'encontre des femmes par suite d'une ségrégation professionnelle. S'agissant de la preuve d'expert, la Cour a reconnu avec le Tribunal qu'elle n'était pas utile pour déterminer le sens du mot « établissement », ni pour savoir si les présumés groupes de référence travaillaient dans le même établissement que les agents de bord. En limitant le champ de la comparaison aux employés du même établissement, l'article 11 de la *LCDP* établissait un critère de seuil qui devait être rempli « avant que la question de la prédominance d'un groupe professionnel identifiable ne présente de l'intérêt »[cclxxi].

La Cour a jugé que la preuve contextuelle générale rejetée par le Tribunal concernait « la discrimination systémique en général et les connaissances et théories à la base de ce genre de discrimination »[cclxxii]. Néanmoins, la Cour a fait observer que le Tribunal avait décidé qu'il entendrait « le contexte social et historique de la discrimination salariale systémique dans le cadre des arguments et conclusions des parties »[cclxxiii] et qu'il avait donc « donné aux demandeurs l'occasion de présenter dans leurs arguments l'information contextuelle... »[cclxxiv]. En conséquence, la Cour n'a pu constater aucun manquement aux principes de justice naturelle.

---

par. 62-63.

[cclxx] *Ibid.* au par. 68.

[cclxxi] *Ibid.* au par. 84.

[cclxxii] *Ibid.* au par. 86.

[cclxxiii] *Ibid.* au par. 88.

[cclxxiv] *Ibid.*

La Cour fédérale a aussi rejeté les arguments selon lesquels l'interprétation donnée par le Tribunal du mot « établissement » ne parvenait pas à donner effet à l'objet fondamental de l'art. 11, en permettant que des conventions collectives distinctes perpétuent la discrimination salariale systémique à l'endroit des femmes. La Cour a fait observer que cet argument était fondé sur un faux postulat, à savoir que la décision du Tribunal permettrait d'affirmer qu'un « établissement » correspondra toujours à une seule unité de négociation ou à une seule convention collective. Une telle relation est reflétée dans les faits particuliers de cette cause, mais on ne saurait dire que l'approche fonctionnelle énoncée dans la décision du Tribunal pour déterminer à quel moment des employés sont visés par une politique commune en matière de personnel et de salaires conduit nécessairement à ce résultat. En revanche, d'expliquer la Cour, exclure d'une telle détermination la prise en compte de conventions collectives entraînerait fondamentalement une définition globale du mot « établissement », ce qui irait à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur.

Mode de calcul du salaire perdu

Dans l'affaire *Commission canadienne des droits de la personne et Robert Carter* c. *Procureur général du Canada*[i], la Cour fédérale a examiné le mode de calcul des dommages pour la perte de salaire subie par suite d'une discrimination. L'affaire concernait un membre des Forces armées canadiennes qui avait été libéré le 27 mai 1992 après avoir atteint l'âge de la retraite obligatoire. Au moment de sa libération, les règles de retraite obligatoire des Forces armées (qui étaient comprises dans les *Règlements royaux*[i]) ne faisaient pas référence aux exceptions prévues à l'alinéa 15(1)*b*) de la *LCDP*. C'est en raison de cette lacune qu'un Tribunal des droits de la personne avait déclaré ces règles discriminatoires le 14 août 1992[i]. Les *Règlements royaux* ont été modifiés le 3 septembre 1992 de façon à prévoir expressément que les règles de retraite obligatoire constituaient des règlements pris par le gouverneur en conseil au sens de l'alinéa 15(1)*b*) de la *LCDP*.

En l'espèce, Robert Carter a été mis à la retraite obligatoire plus de trois mois avant l'entrée en vigueur des nouveaux règlements, le 3 septembre 1992. Il est donc apparu évident que M. Carter, au moment de sa libération des Forces armées, a été l'objet d'une pratique discriminatoire contraire aux dispositions de la *LCDP*. Les parties comparaissant devant le Tribunal instruit de la plainte ne contestaient pas la conclusion sur la question de fond, mais elles ne s'entendaient pas sur la réparation à accorder au plaignant. Le Tribunal a jugé que la période d'indemnisation devrait être comprise entre le 27 mai 1992 (date de la mise à la retraite obligatoire de M. Carter) et le 3 septembre 1992 (date des modifications apportées aux *Règlements royaux*[i]). Selon lui, l'entrée en vigueur des modifications du 3 septembre a mis fin à la pratique discriminatoire, rompant ainsi tout lien de cause à effet entre l'acte discriminatoire initial et les dommages réclamés pour le salaire perdu au delà du 3 septembre 1992. L'indemnisation ne couvrirait donc que la période allant de la date de la mise à la retraite jusqu'au 3 septembre. Le Tribunal a conclu également que le calcul du salaire perdu devrait exclure tous les revenus de pension et indemnités de départ que le plaignant aurait pu toucher pendant cette période. Les deux conclusions du Tribunal ont été contestées devant la Cour fédérale.

En ce qui concerne la période d'indemnisation à retenir, la Cour fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal selon laquelle il doit exister un lien de cause à effet entre un acte discriminatoire et le dédommagement réclamé. Bien que le droit à une indemnisation soit acquis dès qu'un acte discriminatoire se produit, le quantum des dommages-intérêts et la période indemnisable doivent être déterminés à la lumière de l'ensemble des circonstances entourant une plainte donnée. Dans l'affaire qui nous intéresse, la Cour a jugé que le Tribunal avait examiné de près tous les faits et circonstances et qu'il avait eu raison de conclure que l'entrée en vigueur des modifications du 3 septembre avait rompu tout lien de cause à effet entre la pratique discriminatoire et la perte de salaire subie par M. Carter. Par conséquent, comme ce lien doit exister entre la pratique discriminatoire et le dédommagement pour perte de salaire, aucune indemnisation ne devait être versée pour la période postérieure au 2 septembre 1992[i].
La décision du Tribunal suivant laquelle le revenu de pension touché après la libération du plaignant ne devait pas être déduit de l'indemnité accordée pour la perte de salaire en vertu de la *LCDP* était liée à ce que l'on appelle « l'exception visant les assurances »[i]. Cette exception, invoquée au début dans des actions au civil, a établi le principe selon lequel les prestations touchées en réparation du salaire perdu aux termes d'un contrat d'assurance privé ne peuvent être

défalquées du montant des dommages-intérêts. Au fil des ans, l'application de ce principe a été élargie aux avantages sociaux accordés en vertu d'une convention collective ou d'un contrat de travail. La Cour fédérale a conclu que les arrêts de la Cour suprême du Canada établissent que, dans le contexte du droit régissant la responsabilité civile en général, l'exception visant les assurances s'applique aux prestations de retraite, ce qui signifie que ces prestations, qu'elles soient versées en vertu du Régime de pensions du Canada ou d'un régime privé de retraite, ne seront pas défalquées des dommages-intérêts imposés à un tiers auteur de délit civil[cclxxv]. Il restait toutefois à déterminer si l'exception s'appliquait aux dommages-intérêts pour perte de salaire qui sont accordés aux termes de la *LCDP*.

Dans sa décision, la Cour fédérale reprend des parties intégrales de jugements qui portent sur le sens et l'application de l'exception visant les assurances. Elle a adopté le prononcé de décisions judiciaires antérieures qui confirment cette exception et ne l'appliquent que dans les cas où un tiers auteur de délit (défendeur) se serait enrichi sans cause si les prestations pour perte de salaire touchées simultanément (en vertu d'une convention collective ou d'un contrat d'assurance privé) étaient défalquées des dommages-intérêts accordés en vertu du régime général du droit de la responsabilité civile délictuelle. Toutefois, la question de l'enrichissement injustifié d'un tiers auteur de délit civil était sans rapport avec les faits de l'espèce. Ce qui était important, par contre, c'était la possibilité que le plaignant visé par la *LCDP* puisse toucher une double indemnisation pour perte de salaire. La Cour a conclu que si M. Carter était resté dans les Forces armées jusqu'au 3 septembre 1992, il n'aurait reçu aucune prestation de retraite avant cette date. Il est évident que, conformément aux paragraphes 16 à 20 de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, M. Carter ne pouvait pas toucher une pension et acquérir d'autres prestations de retraite simultanément. Le fait que le Tribunal n'ait pas déduit le revenu de pension a placé M. Carter dans une situation plus favorable que celle où il se serait trouvé s'il était demeuré dans les Forces armées canadiennes jusqu'au 2 septembre 1992, étant donné qu'il a touché un salaire et un revenu de pension pour la même période, c'est-à-dire du 27 mai au 2 septembre 1992.[cclxxvi] Bien que la Cour ait refusé de statuer sur la possibilité d'appliquer l'exception aux dommages-intérêts pour perte de salaire qui sont accordés aux termes de la *LCDP* dans d'autres circonstances, elle a jugé que les prestations de retraite considérées en l'espèce n'étaient pas visées par l'exception[cclxxvii]. Elle a donc conclu que le Tribunal s'était trompé en excluant les prestations de retraite du calcul des dommages pour perte de salaire. Elle a renvoyé l'affaire au Tribunal pour réexamen.

AUTRES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE

[cclxxv] *Canada (Commission des droits de la personne)* c. *Canada (Procureur général)* (le18 décembre 2001), n° T-590-00 (C.F.1ère inst.)

[cclxxvi] *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadienne* (Révision de 1968 telle que modifiée), volume 1,(Administration), émis en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5.

[cclxxvii] *Martin* c. *Forces armées canadiennes* (1992), 17 C.H.R.R. D/435(T.C.D.P.).

[cclxxviii] *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces candiennes* (Révision de1994), volume 1,(Administration), issued under the authority of the *National Defence Act*, L.R.C. 1985, ch. N-5.

[cclxxix] Précité note 274 au par. 44.

Prestations de conjoint

La cessation des prestations de survivant au remariage célébré avant l'entrée en vigueur de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a fait l'objet devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse d'une contestation fondée sur les droits à l'égalité[cclxxxiv]. L'instance était introduite par un groupe de 62 veuves à qui avaient été accordées des prestations de survivant en vertu des dispositions alors existantes de la *Loi* provinciale *sur les accidents du travail*[cclxxxv], à la suite du décès de leurs maris au travail, mais qui avaient perdu lesdites prestations (avant le 17 avril 1985) lorsqu'elles s'étaient remariées. La règle concernant la cessation de la pension « de veuve » au remariage avait été abrogée par l'assemblée législative provinciale en 1992, mais ce n'est qu'en 1999 que le gouvernement décida de rétablir les pensions de survivant lorsqu'elles avaient pris fin après le 17 avril 1985, date d'entrée en vigueur de l'art. 15 de la *Charte*. Les pensions qui avaient pris fin après cette date furent rétablies rétroactivement à la date à laquelle elles avaient été perdues. Les modifications législatives adoptées à l'époque prévoyaient aussi le rétablissement des pensions qui avaient pris fin avant l'entrée en vigueur de l'art. 15 de la *Charte*, mais le rétablissement ne prenait effet que le 1er janvier 1999. C'est cette différence de traitement entre les veuves « postérieures à la *Charte* » et les veuves « antérieures à la *Charte* » qui prétendument contrevenait aux droits à l'égalité prévus par l'art. 15.

Infirmant le jugement du tribunal de première instance favorable aux demanderesses, la Cour d'appel souligna l'importance de faire une distinction entre l'analyse de la règle de non-rétrospectivité de la *Charte* et l'analyse fondamentale des droits à l'égalité. La Cour fit observer que manifestement la *Charte* ne peut s'appliquer à des lois passées qui n'existent plus. Elle a donc souligné que [TRADUCTION] « la "constitutionnalité" des dispositions de cessation antérieures à la Charte n'est pas en jeu... Elles n'étaient pas inconstitutionnelles ni illégales avant 1985. La cessation des pensions n'était pas "discriminatoire" au sens de l'art. 15 de la Charte à un moment quelconque avant le 17 avril 1985. Il est trompeur d'affirmer le contraire »[cclxxxvi]. En

---

[cclxxx] Voir examen, *ibid.* aux par. 48 à 61.
[cclxxxi] *Ibid.* au par. 53.

[cclxxxii] *Ibid.* par. 60.

[cclxxxiii] Selon la Cour, l'important en l'occurrence, ce n'est pas de déterminer si l'exception découlant du droit de la responsabilité civile délictuelle peut être invoquée pour calculer l'indemnisation qui est accordée dans le cadre de procédures engagées aux termes de la *LCDP*, mais plutôt de déterminer si les prestations de retraite touchées par M. Carter devraient être prises en compte dans le calcul du revenu qu'il a perdu. Elle est d'avis que les prestations de retraite ne tombent pas sous le coup de l'exception visant les assurances et qu'elles devraient, par conséquent, être incluses dans le calcul du revenu perdu. *Ibid.* au paragraphe 59.

[cclxxxiv] *Bauman* c. *Nouvelle-Écosse (P.G.)*(2001), 2001 NSCA 51, 197 D.L.R. (4e) 644 (N.S.C.A.).[ci-après *Bauman*].
[cclxxxv] *Workers' Compensation Act*, S.N.S.1994-95, c. 10, tel que modifié 1999, ch. 1; 2000, ch. 4, art. 93.
[cclxxxvi] Précité note 283 au par. 30.

ce sens, les dispositions de l'art. 15 qui confèrent les droits à l'égalité ne pourraient servir à redonner vie au versement de prestations de survivant qui avait cours avant l'entrée en vigueur de l'art. 15. La vraie question concernait les conséquences prétendument permanentes et fondées sur le statut qui découlaient de l'application de lois passées. C'est pour cette raison que les demanderesses avaient demandé que leurs pensions ne soient rétablies qu'à compter du 17 avril 1985. À leur avis (et le juge du procès leur avait donné raison), elles demandaient uniquement que la *Charte* soit appliquée prospectivement de manière à invalider le refus d'une pension de survivante, un refus permanent et fondé sur le statut.

La distinction entre un événement ponctuel survenu avant la *Charte* (événement auquel la *Charte* ne peut s'appliquer rétrospectivement) et une condition ou situation permanente n'est pas toujours évidente. La Cour d'appel s'est référée abondamment à un arrêt récent de la Cour suprême (l'arrêt *Benner*[cclxxxvii]), qui a approuvé et appliqué cette distinction dans un cas où la loi abrogée avait subordonné l'attribution de la citoyenneté au sexe des parents biologiques. Bien que cette loi fût abrogée, son effet discriminatoire avait été reporté dans les lois ultérieures, de telle sorte qu'un candidat à la citoyenneté était encore affecté après la *Charte*. En conséquence, la Cour suprême accorda un redressement selon la *Charte* à un demandeur dont la demande de citoyenneté postérieure à la *Charte* avait été rejetée en raison de distinctions discriminatoires qui avaient leur racine dans la loi antérieure et qui créaient encore des problèmes courants et permanents de statut ou de condition. La Cour suprême a fait les observations suivantes :

> La question à trancher consiste donc à caractériser la situation : s'agit-il réellement de revenir en arrière pour corriger un événement passé, survenu avant que la *Charte* crée le droit revendiqué, ou s'agit-il simplement d'apprécier l'application contemporaine d'un texte de loi qui a été édicté avant l'entrée en vigueur de la *Charte* ?
>
> Je suis bien conscient que cette distinction n'est pas toujours aussi nette qu'on le souhaiterait, car bien des situations peuvent raisonnablement être considérées comme mettant en jeu à la fois des événements précis et isolés et des conditions en cours. Ainsi, un statut ou une condition en cours découlera souvent d'un événement passé précis et isolé. Une déclaration de culpabilité en matière criminelle constitue un événement unique précis et isolé, mais elle crée une condition en cours, celle d'être en détention, ou le statut de « détenu ». Des observations semblables vaudraient également en ce qui a trait au mariage ou au divorce. Pour déterminer si une affaire donnée emporte l'application de la *Charte* à un événement passé, ou simplement à une condition ou à un statut en cours, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, l'élément le plus important ou le plus pertinent de cette affaire est l'événement passé ou la condition en cours qui en résulte. Il s'agit là, comme je l'ai dit plus tôt, d'une question de caractérisation, qui variera selon les circonstances. La détermination dépendra des faits de l'espèce, du texte de loi en cause et du droit garanti par la *Charte* dont le demandeur sollicite l'application.[cclxxxviii]

[cclxxxvii] *Benner* c. *Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 [ci-après *Benner*]

[cclxxxviii] Cité par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, précité note 283 au par. 35 de sa décision.

Dans l'affaire dont elle était saisie, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse n'a pu voir aucune application continue, postérieure à l'entrée en vigueur de la *Charte*, de la règle portant cessation des pensions de « veuve ». Contrairement à l'affaire Benner, les demanderesses n'étaient pas ici, postérieurement à l'entrée en vigueur de la *Charte*, de « nouvelles demanderesses » qui étaient touchées par l'effet discriminatoire d'une loi passée. L'aspect le plus significatif de leur cause était plutôt les dates (toutes antérieures à la *Charte*) auxquelles chacune d'elles s'était remariée. [TRADUCTION] « C'est l'événement du remariage qui avait entraîné la cessation de la pension, non le statut de personne remariée. Si les demanderesses s'étaient remariées et avaient divorcé ou étaient devenues veuves peu de temps après, elles n'auraient pas été admissibles au rétablissement de la pension... Les demanderesses considèrent que cela est injuste, et on les comprend, mais les dispositions de cessation n'étaient pas contraires à la *Charte* au moment où elles se sont répercutées sur les demanderesses »[cclxxxix].

Ayant jugé que l'art. 15 de la *Charte* ne pouvait s'appliquer rétrospectivement aux décisions de mettre fin aux pensions de survivantes des demanderesses[ccxc], la Cour d'appel s'est alors penchée sur les dispositions de rétablissement figurant dans les modifications législatives de 1999. Ici, il était clair qu'une distinction avait été faite qui refusait une prestation aux demanderesses. Évaluant son possible effet discriminatoire, la Cour d'appel a d'abord défini le groupe de référence auquel les plaignantes devraient être comparées. Elle rejeta l'argument selon lequel le groupe de référence choisi par les demanderesses devrait englober toutes les veuves qui ne s'étaient pas remariées. Elle jugea que [TRADUCTION] « le groupe de référence proposé pourrait être adéquat dans le contexte d'une contestation des dispositions de cessation au regard de l'art. 15... Ces dispositions faisaient une distinction entre les veuves remariées et celles qui ne s'étaient pas remariées. Accepter ce groupe de référence équivaudrait cependant à autoriser une contestation furtive des dispositions de cessation. Ce serait esquiver mal à propos la question de la rétrospectivité discutée plus haut. Au surplus, la constitutionnalité des dispositions de cessation postérieures à la *Charte* est sans rapport avec la position de ces demanderesses »[ccxci]. La Cour a plutôt jugé que le groupe de référence à retenir était le groupe composé des veuves postérieures à la *Charte*. Les veuves postérieures à la *Charte* et les demanderesses étaient les personnes touchées par le texte législatif et visées par son objet, qui était de redonner aux veuves les pensions qu'elles avaient perdues à leur remariage.

La seule différence importante entre les demanderesses et le groupe de référence était la date du remariage, puisqu'elles étaient toutes des veuves qui s'étaient finalement remariées. La Cour d'appel estima que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que les demanderesses avaient été victimes de discrimination fondée sur l'état matrimonial. La raison pour laquelle le cas des demanderesses était différent était une raison strictement temporelle, c.-à-d. fondée sur la date du remariage. La Cour rejeta l'idée que ce genre de distinction puisse équivaloir à un motif énuméré ou analogue de distinction illicite. En conséquence, le non-

---

[cclxxxix] *Ibid.* au par. 36.

[ccxc] La Cour d'appel a aussi censuré un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui portait sur le rétablissement analogue de dispositions en matière de pensions : *Grigg* c. *Colombie-Britannique* (1996) 138 D.L.R. 4th 548. Selon la Cour d'appel, ce jugement était erroné. Ses commentaires en la matière se trouvent aux paragraphes 91-103 de son arrêt, *ibid.*

[ccxci] Précité note 283 au par. 61.

rétablissement, à compter du 17 avril 1985, des pensions en faveur des demanderesses, dont le remariage et la perte des pensions initiales de survivantes avaient eu lieu avant cette date, n'était pas en contradiction avec les droits à l'égalité conférés par l'art. 15 de la *Charte*.

Accès aux prestations d'assurance-emploi

Dans une décision rendue en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*[ccxcii], un juge-arbitre a passé en revue les critères d'admissibilité sous l'angle de leur possible contravention aux droits à l'égalité prévus par l'art. 15 de la *Charte*[ccxciii]. Appel était interjeté contre la décision d'un conseil arbitral selon laquelle une prestataire n'était pas admissible à des prestations régulières, à des prestations de maternité ou à des prestations de maladie parce qu'il lui manquait 33 heures des 700 heures requises de rémunération assurable. La règle des 700 heures[ccxciv] avait remplacé (en 1996) le critère antérieur selon lequel pour être admissible il fallait avoir travaillé au moins 15 heures par semaine pendant une période allant de 12 à 20 semaines, selon le taux régional de chômage. Dans le cas de la prestataire, ses responsabilités de mère l'avaient empêchée de travailler à plein temps comme infirmière. Elle avait donc travaillé à temps partiel comme infirmière sous astreinte téléphonique dans la ville de Brandon. Lorsqu'elle se réinstalla à Winnipeg par suite du changement d'emploi de son mari (et après une période durant laquelle ils avaient tenté de conserver deux lieux de résidence), elle demanda des prestations selon la *Loi sur l'assurance-emploi*. À ce moment-là, elle était enceinte de son deuxième enfant et son médecin lui avait conseillé de cesser de travailler pour des raisons liées à sa grossesse.

Des témoins experts ont été entendus par le juge-arbitre concernant à la fois l'objet et l'effet des changements apportés aux critères d'admissibilité régissant les prestations versées en vertu de la *Loi*. L'un des témoins fit observer que le gouvernement avait été troublé par la tendance des employeurs à créer des emplois à temps partiel de moins de 15 heures par semaine dans le dessein d'échapper aux cotisations prévues par la *Loi*. Afin de mettre fin à l'érosion réelle et potentielle du nombre de travailleurs visés par la *Loi*, les nouveaux critères ont institué la notion d'« assurance du premier dollar », une notion conçue pour harmoniser davantage les cotisations sociales avec les prestations escomptées selon la *Loi*. On expliqua que, en vertu des anciens critères, un travailleur à temps partiel qui répondait à la règle des 15 heures par semaine sur au moins 12 semaines (accumulant ainsi 180 heures seulement de rémunération assurable) avait été admissible à des prestations, tandis qu'un employé qui avait travaillé 10 heures par jour, sept jours par semaine pendant 10 semaines (accumulant ainsi 700 heures de rémunération assurable) ne l'était pas. Les nouvelles règles, fondées sur le principe de l'« assurance du premier dollar » visait donc à instituer davantage d'équité dans le régime des prestations.

Quant à la composition de la population active à temps partiel, les témoignages d'experts ont

---

[ccxcii] Précité note 30.

[ccxciii] *Dans l'affaire de la Loi sur l'assurance-emploi et d'une demande de prestations présentée par Kelly Lesiuk* (appel d'une décision d'un conseil arbitral) (le 22 mars 2001), CUB 51142 [ci-après *Lesiuk*].

[ccxciv] Le nombre minimum d'heures requises pour des prestations régulières est en réalité défini comme une gamme allant de 420 à 700, selon le taux régional de chômage. Dans ce cas particulier, la demanderesse devait faire un minimum de 700 heures.

établi que les femmes représentent plus de 80 % des travailleurs adultes (25-54 ans) à temps partiel. Dans une certaine mesure, cela s'explique par le fait que les femmes demeurent les premières pourvoyeuses en ce qui concerne les enfants, ce qui les oblige à s'efforcer d'équilibrer leurs responsabilités domestiques avec la nécessité de travailler pour augmenter le revenu familial. D'autres facteurs de nature socio-historique, les rôles attribués aux femmes et les conditions du marché contribuent également à la surreprésentation des femmes dans l'emploi à temps partiel. On a fait valoir que la modification des critères d'admissibilité était motivée par le désir d'améliorer l'accès des travailleurs à temps partiel aux prestations, mais un témoin expert a exprimé une opinion différente. Se référant à ce témoignage, le juge-arbitre s'est exprimé ainsi : « elle est d'avis que la transition des semaines de travail aux heures de travail et la hausse du seuil d'admissibilité pour les personnes qui réintègrent le marché du travail rendent considérablement plus difficile pour les travailleurs à temps partiel d'être admissibles aux prestations. De plus, lorsque ces travailleurs parviennent à obtenir des prestations, celles-ci leur sont souvent versées pendant de plus courtes périodes. Il ressort également de son étude que la proportion des sans-emploi qui touchent des prestations d'assurance-emploi a considérablement diminué et que cette diminution est plus importante chez les femmes que chez les hommes. Entre 1996-1997 et 1997-1998, le nombre de demandes de prestations régulières présentées par les femmes a chuté de 20 p. 100, comparativement à 16 p. 100 pour les hommes »[ccxcv].

La *Loi* définit aussi la population active de la première catégorie comme celle qui effectue un nombre minimum d'heures (700) de revenu assurable. Seuls les prestataires de la première catégorie sont admissibles aux prestations de maternité et prestations parentales. Les règles anciennes de détermination de la première catégorie (fondées sur le nombre de semaines travaillées) étaient sans doute non sexistes, mais les nouveaux critères ne l'étaient pas. Le juge-arbitre a résumé ainsi l'argument de la prestataire :

> Un critère fondé sur les semaines d'emploi n'a pas tendance à favoriser les hommes ou les femmes : chaque homme et chaque femme qui passe une année civile ont disposé exactement du même nombre de semaines au cours de cette année pour occuper un emploi rémunéré. Comme les femmes consacrent à du travail non rémunéré une grande partie de leurs heures où elles sont disponibles pour travailler, investissant généralement deux fois plus de temps que les hommes à ce genre de travail, il leur reste moins d'heures chaque année à consacrer à du travail rémunéré. Étant donné qu'en moyenne, les hommes consacrent près d'un tiers de plus d'heures chaque année à du travail rémunéré que ne le font, en moyenne, les femmes, il est plus facile pour les travailleurs qui peuvent consacrer plus d'heures à un travail rémunéré d'atteindre une norme d'admissibilité fondée uniquement sur le total des heures de travail rémunérées dans une année. En d'autres termes, la norme fondée sur les heures a naturellement tendance à exclure un plus grand nombre de femmes que d'hommes[ccxcvi].

On a fait valoir que le critère d'admissibilité aux prestations régulières en fonction des heures travaillées n'entraîne pas entre les groupes de personnes une distinction fondée sur une caractéristique personnelle. Toutefois, le juge-arbitre a estimé que ce point de vue ne prenait pas

---

[ccxcv] Précité note 292 au par. 25.
[ccxcvi] *Ibid.* au par. 29.

totalement en compte l'incidence possible de la règle neutre sur un groupe qui supportait déjà un désavantage. Il a fait remarquer que l'on était arrivé à la règle des 700 heures pour les prestations régulières en présumant une semaine de travail de 35 heures pendant une période donnée, conférant ainsi un désavantage à la moyenne des femmes. Selon ses propres termes :

> ... comme la preuve mentionnée l'indique, les femmes continuent d'accomplir les deux tiers du travail non rémunéré, ce qui leur laisse moins d'heures à consacrer à un travail rémunéré. Les femmes qui, comme l'appelante, ont des enfants d'âge préscolaire se heurtent à plus d'obstacles. Il faut qu'elles réorganisent leur travail rémunéré pour tenir compte des exigences de leur travail non rémunéré, tandis que l'âge des enfants ou la présence d'enfants influencent peu les régimes de travail des hommes, qu'il s'agisse de travail rémunéré ou non rémunéré. Ces femmes sont souvent incapables de consacrer plus d'heures au travail rémunéré parce qu'il pourrait alors devenir beaucoup plus compliqué et juste trop stressant de concilier travail et famille. Ainsi, le régime fondé sur les heures, en augmentant le nombre d'heures de travail requises pour être admissible et en diminuant le nombre de semaines de prestations des personnes qui sont incapables d'augmenter leurs heures de travail, a des effets préjudiciables disproportionnés sur les femmes[ccxcvii].

Le juge-arbitre s'est ensuite demandé si la différence d'effet était fondée sur une distinction équivalant à un motif énuméré ou analogue de discrimination selon l'art. 15 de la *Charte*. On avait fait valoir que la distinction ici avait sa racine dans le statut d'emploi et donc n'équivalait pas à un motif analogue. En bref, la prestataire s'était vu refuser des prestations en raison du fait qu'elle était une prestataire de la deuxième catégorie compte tenu du nombre d'heures travaillées au cours de la période précédente de 52 semaines, et non à cause de quelque caractéristique personnelle immuable. Pour autant, le juge-arbitre a estimé que la différence d'effet provenait du fait qu'une personne se trouvait dans une relation parent-enfant et, selon lui, cela équivalait à un motif analogue au regard de l'art. 15. Il s'est exprimé ainsi : « la qualité parentale est centrale à l'identité d'une personne et à sa personnalité; c'est une situation qui est immuable. Il est vrai que la situation changera lorsque les enfants n'auront plus besoin de quelqu'un pour prendre soin d'eux, mais cela ne change rien au fait que leur situation est immuable jusqu'à ce que cela se produise. La qualité de parent et de principal responsable du soin des enfants de l'appelante en est une que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre qu'elle change pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi. La mère qui travaille à temps partiel pour pouvoir assumer ses responsabilités parentales ne devrait pas être moins protégée par l'assurance-emploi pour ces motifs »[ccxcviii].

Le juge-arbitre a aussi estimé que l'objet sous-jacent de l'art. 15 de la *Charte* avait été lui aussi transgressé. Il l'avait été parce que la définition de population active de la première catégorie ignorait la contribution que les femmes apportaient par leur travail non rémunéré à la maison : « L'ancienne Loi tenait compte en partie de l'achèvement d'une période minimale déterminée de travail pour reconnaître la participation qui faisait d'une personne un prestataire de la première catégorie. Dans le cadre de la législation actuelle, une femme qui travaille à temps partiel toute

---

[ccxcvii] *Ibid.* au par. 50.
[ccxcviii] *Ibid.* au par. 59.

l'année jouit d'une participation solide au marché du travail, mais cette participation n'est pas considérée comme étant aussi solide que celle d'un homme qui peut facilement devenir dépendant de l'assurance-emploi en travaillant 700 heures l'été et en touchant des prestations d'assurance-emploi chaque hiver. Comme la participation de l'appelante au marché du travail est réputée insuffisante, non parce qu'elle n'occupe pas un emploi régulier mais bien parce que ses heures de travail rémunéré chaque semaine sont limitées par ses obligations non rémunérées, la dignité d'une mère qui travaille à temps partiel est plus directement atteinte »[ccxcix]. Il a aussi jugé que les définitions des deux catégories de prestataires donnaient l'impression qu'une femme est moins capable ou moins digne de reconnaissance ou de valeur en tant qu'être humain ou en tant que membre de la société canadienne.

Quant à la réparation, le juge-arbitre a estimé qu'il n'avait pas le pouvoir de déclarer invalides les articles concernés de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Il a donc renvoyé l'affaire au conseil arbitral, composé d'autres membres, pour qu'il instruise de nouveau la demande de la plaignante comme si les dispositions législatives en cause n'avaient jamais été édictées.

[ccxcix] *Ibid.* au par. 66.

Orientation sexuelle

La Cour suprême du Canada a rendu un arrêt sur une présumée discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans une université privée et confessionnelle de la Colombie-Britannique[ccc]. Le British Columbia College of Teachers (BCCT) avait décidé de ne pas accéder à la demande de l'Université Trinity Western (UTW) qui voulait être autorisée à prendre la responsabilité totale de la dernière année d'un baccalauréat en enseignement exigeant cinq ans d'études. Le BCCT avait invoqué de présumées pratiques discriminatoires, à l'encontre des homosexuel(le)s, que l'on trouvait dans un document intitulé Normes communautaires de l'UTW et que tous ses étudiants étaient tenus de signer. Ce document renferme un paragraphe énumérant les pratiques qui sont condamnées par la Bible et auxquelles les étudiants devaient s'abstenir de se livrer. Il y avait l'ivrognerie, les blasphèmes, la malhonnêteté et la tricherie, l'avortement et divers péchés sexuels tels que le sexe avant le mariage, l'adultère et le comportement homosexuel. Le BCCT avait exprimé l'avis qu'il serait contraire à l'intérêt public d'accéder à la demande de l'UTW, étant donné que le programme proposé reflétait des pratiques discriminatoires fondées sur l'orientation sexuelle. Selon lui, il y avait un risque que les diplômés de l'UTW n'offrent pas aux élèves des écoles publiques un environnement libre de toute discrimination pour le cas où le programme d'études tout entier relèverait du contrôle exclusif de l'UTW. En refusant la demande d'agrément pour la dernière année (et en maintenant donc la règle selon laquelle la dernière année devait être passée à l'université Simon Fraser), le BCCT prétendait agir conformément à son pouvoir, conféré par l'art. 4 du *Teacher Profession Act*, c'est-à-dire le pouvoir [TRADUCTION] « d'établir, compte tenu de l'intérêt public, les normes de formation, de responsabilité professionnelle et de compétence de ses membres, des personnes qui détiennent un certificat de compétence et des candidats à l'adhésion... »[ccci] La décision du BCCT fut infirmée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, et l'appel du BCCT à la Cour d'appel de la province fut rejeté[cccii].

Sur la question fondamentale des présumées pratiques discriminatoires, la Cour suprême a d'abord examiné les documents de l'UTW. Elle a accordé que les normes communautaires étaient d'une nature telle qu'un étudiant homosexuel ne songerait probablement pas à demander son admission à l'UTW, mais cela ne suffisait pas à établir une pratique discriminatoire. Elle a fait remarquer que l'UTW, en tant qu'institution confessionnelle privée, est soustraite en partie aux lois de la Colombie-Britannique sur les droits de la personne (c.-à-d. qu'elle peut donner la préférence aux adeptes de sa propre religion). De plus, son statut d'établissement privé empêchait l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cela dit, la Cour a indiqué que l'affirmation selon laquelle « l'adhésion volontaire d'une personne à un code de conduite fondé sur ses croyances religieuses, dans un établissement privé, est suffisante pour déclencher l'application de l'art. 15 serait incompatible avec la liberté de conscience et de religion qui

---

[ccc] *Université Trinity Western* c. *British Columbia College of Teachers* (le 17 mai 2001), [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31[ci-après *TWU*]. Les neuf juges de la Cour suprême ont jugé cet appel. La décision rendue fut unanime, à l'exception d'un avis dissident.

[ccci] *Teaching Profession Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 449.

[cccii] Voir *Trinity Western University* c. *British Columbia College of Teachers* (1997), 41 B.C.L.R. (3d) 158 (B.C.S.C.). Voir aussi *Trinity Western University* c. *British Columbia College of Teachers* (1998), 59 B.C.L.R. (3d) 241 , 169 D.L.R. (4th) 234 (B.C.C.A.).

coexiste avec le droit à l'égalité »[ccciii]. Selon la Cour, « la liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience »[ccciv].

La Cour a reconnu que la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est garantie à la fois dans la *Charte* (à titre de motif analogue) et dans les lois sur les droits de la personne de la Colombie-Britannique, comme l'est la liberté de religion et de conscience. C'est le conflit possible entre ces deux garanties qui est soulevé dans le cas de l'UTW, un conflit que l'on peut résoudre en délimitant adéquatement les droits et les valeurs considérés. L'incidence des politiques d'admission de l'UTW sur le système des écoles publiques est une préoccupation légitime du BCCT dans l'évaluation de l'intérêt public, a expliqué la Cour, mais cette incidence doit être évaluée à la lumière d'une preuve concrète. Sur ce point, la Cour a conclu que « les normes communautaires de l'UTW, qui ne font que dicter la conduite des gens qui fréquentent l'UTW ou qui y travaillent, ne sont pas suffisantes pour étayer la conclusion que le BCCT doit s'attendre à un comportement intolérant dans les écoles publiques. En fait, si les normes communautaires de l'UTW pouvaient être suffisantes en soi pour justifier le rejet de la demande d'agrément, on voit mal comment le même raisonnement ne pourrait pas servir à refuser de délivrer un brevet d'enseignement aux membres d'une confession particulière. La diversité de la société canadienne se reflète en partie dans les multiples organisations religieuses qui caractérisent le paysage social et il y a lieu de respecter cette diversité d'opinions »[cccv]. En bref, le BCCT n'avait nullement cherché à pondérer les divers droits impliqués dans la situation que soulevait la demande d'agrément présentée par l'UTW. Estimant qu'il s'agissait là d'une erreur de droit, la Cour suprême a alors entrepris de procéder elle-même à cet examen.

La Cour a recensé deux facteurs contextuels qui selon elle avaient une grande importance. D'abord, le cadre constitutionnel du Canada protège les droits à l'enseignement public religieux, cette protection faisant partie du compromis historique qui avait rendu possible la Confédération. Par ailleurs, de nombreuses universités canadiennes sont par tradition affiliées à une religion. Deuxièmement, la loi de la Colombie-Britannique sur les droits de la personne prévoit qu'une institution religieuse ne contrevient pas aux principes énoncés dans cette loi si elle donne la préférence aux adeptes de sa propre croyance religieuse. Comment pourrait-on alors décemment soutenir que les établissements privés sont protégés, « mais que leurs diplômés sont de fait jugés indignes de participer pleinement à des activités publiques [?] »[cccvi]. D'autres mesures législatives du gouvernement de la Colombie-Britannique démentaient également cette conclusion : « En l'espèce, on peut raisonnablement déduire que la législature de la C.-B. n'a pas considéré que la formation selon une philosophie chrétienne était contraire en soi à l'intérêt public, étant donné qu'elle a adopté cinq projets de loi en faveur de l'UTW entre 1969 et 1985. »[cccvii] Quant à l'effet que tout cela pourrait avoir sur les étudiants homosexuels, la Cour a fait l'observation suivante : « Quoique les homosexuels puissent être dissuadés de fréquenter

---

[ccciii] Précité. note 299 au par. 25.
[ccciv] *Ibid.* au par. 28.
[cccv] *Ibid.* au par. 33.
[cccvi] *Ibid.* au par. 35.
[cccvii] *Ibid.* au par. 35.

l'UTW, un établissement privé qui préconise des croyances religieuses particulières, cela ne les empêchera pas de devenir enseignants. De plus, rien dans les normes communautaires de l'UTW n'indique que les diplômés de l'UTW ne traiteront pas les personnes homosexuelles d'une manière équitable et respectueuse »[cccviii].

La dernière observation a conduit la Cour à souligner qu'une distinction doit être faite entre la croyance et le comportement : « ... dans des cas comme celui dont nous sommes saisis, il convient généralement de tracer la ligne entre la croyance et le comportement. La liberté de croyance est plus large que la liberté d'agir sur la foi d'une croyance. En l'absence de preuve tangible que la formation d'enseignants à l'UTW favorise la discrimination dans les écoles publiques de la Colombie-Britannique, il y a lieu de respecter la liberté des individus d'avoir certaines croyances religieuses pendant qu'ils fréquentent l'UTW. Le BCCT a raison de ne pas exiger que les universités publiques qui offrent un programme de formation des enseignants excluent les candidats ayant des croyances sexistes, racistes ou homophobes. Force est de constater que la tolérance de croyances divergentes est la marque d'une société démocratique »[cccix]. Curieusement, la Cour a semblé ignorer la distinction entre un établissement qui encourage activement les opinions racistes ou homophobes et un établissement qui ne les encourage pas.

La présumée conduite discriminatoire d'un enseignant peut à juste titre faire l'objet de procédures disciplinaires devant le BCCT. Une conduite sujette à la censure est normalement rattachée à des responsabilités dans les écoles elles-mêmes, mais une conduite en dehors du service qui a pour effet d'« empoisonner » l'environnement à l'intérieur d'une école peut faire l'objet également de mesures disciplinaires. Dans l'affaire considérée, aucune preuve n'avait été produite qui donnait à entendre que la conduite passée de diplômés de l'UTW avait été salie par un comportement discriminatoire inacceptable durant l'accomplissement de leurs tâches en tant qu'enseignants. En fait, le BCCT avait refusé l'agrément à l'UTW sans qu'il ait aucune preuve que des problèmes étaient déjà survenus à cause de diplômés d'établissements de confession chrétienne. La Cour a fait observer que le BCCT « aurait pu solliciter des rapports sur les élèves-enseignants ou encore des avis de directeurs d'écoles... [ou] aurait pu examiner les dossiers disciplinaires mettant en cause des diplômés de l'UTW et d'autres enseignants affiliés à une école chrétienne du genre »[cccx]. Il ne l'avait pas fait, et cela constituait une erreur de droit qui était fatale.

Rejetant l'appel du BCCT, la Cour suprême s'est également demandée si l'ordonnance initiale de mandamus décernée par le juge du procès, obligeant le BCCT à donner son agrément à l'UTW, devrait être maintenue. Vu les limites législatives aux pouvoirs discrétionnaires du BCCT et le fait que le refus d'agrément n'était motivé que par de présumées pratiques discriminatoires, l'ordonnance initiale fut jugée opportune. En bref, la Cour a estimé que le BCCT avait agi sur la foi de considérations non pertinentes lorsqu'il avait invoqué les croyances religieuses de l'UTW plutôt que l'incidence de ces croyances sur les milieux scolaires. Ce faisant, il avait agi d'une manière non équitable.

[cccviii] *Ibid.*
[cccix] *Ibid.* au par. 36.
[cccx] *Ibid.* au par. 38.

Retraite obligatoire

Un cas de retraite obligatoire jugé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a mis en question le sens et la portée d'arrêts antérieurs de la Cour suprême du Canada, en particulier l'arrêt *Mckinney* c. *Université de Guelph*[cccxi]. Entre autres choses, l'arrêt *Mckinney* examinait la validité constitutionnelle de dispositions du *Code des droits de la personne*[cccxii] de l'Ontario, qui autorisaient la discrimination dans l'emploi contre les personnes âgées de plus de 65 ans. La Cour suprême a jugé que ces dispositions contrevenaient aux droits à l'égalité conférés par l'art. 15 de la *Charte*, mais qu'elles n'étaient pas validées par l'art. 1 en tant que limite qui soit raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En appliquant l'art. 1 de la *Charte*, la Cour suprême a procédé à une analyse détaillée des préoccupations du gouvernement au regard de la retraite obligatoire à 65 ans, préoccupations reflétées dans les dispositions litigieuses du *Code des droits de la personne* de l'Ontario.

L'affaire soumise à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique concernait un employé du district régional de l'agglomération de Vancouver (GVRD) qui avait perdu son emploi d'opérateur d'une installation de traitement des déchets deux jours avant de commencer à travailler, lorsque la direction avait appris qu'il avait 65 ans et demi[cccxiii]. Il déposa un grief contre cette décision conformément aux procédures prévues dans une convention collective. À l'audience d'arbitrage, la direction n'offrit aucune preuve substantielle sur les considérations générales qui pouvaient justifier la retraite obligatoire à 65 ans. Elle exprima l'avis qu'elle ne contrevenait pas au *Code des droits de la personne*[cccxiv] de la Colombie-Britannique puisque, selon le *Code* lui-même, l'âge aux fins de la discrimination illicite allait de 19 à 65 ans. Autrement dit, selon les termes mêmes du *Code*, sa politique en matière de retraite obligatoire n'équivalait pas à un motif de distinction illicite fondée sur l'âge. Au soutien de sa position, le GVRD a invoqué l'arrêt *McKinney* de la Cour suprême, où des définitions similaires de l'âge figurant dans le *Code des droits de la personne* de l'Ontario avait été jugées constitutionnellement valides.

Le comité d'arbitrage rejeta l'argument de la direction selon lequel elle n'était pas tenue de produire une preuve pour satisfaire aux exigences de l'art. 1 de la *Charte*. Selon lui, la Cour suprême avait dans l'arrêt *McKinney* procédé en fait à deux enquêtes selon l'art. 1, l'une concernant les politiques de l'université en matière de retraite, et une autre concernant la validité constitutionnelle de dispositions contestées du *Code des droits de la personne* de l'Ontario. Le comité avait expliqué que [TRADUCTION] « si la C.S.C. avait voulu que sa décision concernant l'alinéa 9*a*) du *Code* de l'Ontario établisse que la retraite obligatoire est toujours une limite raisonnable aux droits à l'égalité prévus par la *Charte*, elle n'aurait pas eu besoin d'accorder autant d'attention à la question de savoir si les politiques des universités en matière de retraite obligatoire étaient justifiées au regard de l'art. 1 de la *Charte*. L'analyse distincte et approfondie de cette question... s'accorde avec la nécessité pour un employeur qui veut justifier la retraite

---

[cccxi] [1990] 3 R.C.S 229 [ci-après *McKinney*].
[cccxii] *Code des droits de la personne*, R.S.O. 1990, ch. H.19.
[cccxiii] *Greater Vancouver Regional District Employees' Union* c. *Greater Vancouver Regional District* (le 5 octobre 2001), [2001] BCCA 435, n° CA027457(B.C.C.A.).[ci-après *GVRD*].
[cccxiv] *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210.

obligatoire de présenter ses arguments en faveur d'une limite selon l'art. 1 »[cccxv]. En conséquence, les membres majoritaires du comité d'arbitrage ont jugé que la direction du GVRD était tenue de produire une preuve permettant de procéder à une analyse adéquate selon l'art. 1 de la *Charte*. Comme elle ne l'avait pas fait, le comité a jugé que les politiques du GVRD en matière de retraite obligatoire, politiques qui étaient fondées sur l'âge, étaient contraires à l'art. 15 de la *Charte*.

L'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique porte presque exclusivement sur la lecture qu'il convient de faire de l'arrêt *McKinney*[cccxvi]. La décision majoritaire de la Cour d'appel prend soin de faire une distinction entre les deux enquêtes selon l'art. 1 que le comité d'arbitrage avait précisées. Selon la Cour d'appel, la Cour suprême, dans l'affaire *McKinney*, avait jugé [TRADUCTION] « que les objectifs des politiques en matière de retraite obligatoire étaient pressants et substantiels dans le contexte universitaire, que les politiques présentaient un lien rationnel avec les objectifs en question et que les mesures employées pour atteindre ces objectifs portaient atteinte aussi peu que possible au par. 15(1)... [et] que les politiques s'efforçaient d'établir un juste équilibre entre les impératifs de valeurs sociales légitimes mais rivales, de telle sorte qu'il convenait d'y acquiescer... »[cccxvii] La Cour d'appel a exprimé l'avis que cette conclusion avait été énoncée séparément de la question de savoir si les dispositions du *Code des droits de la personne* de l'Ontario empiétaient sur les droits à l'égalité conférés par l'art. 15 de la *Charte*. Elle a fait remarquer que ce dernier aspect avait été l'objet, de la part de la Cour suprême, d'une analyse historique, économique et sociale approfondie, effectuée après qu'elle fut arrivée à ses conclusions sur le système particulier de retraite de l'université. De plus, la Cour d'appel a jugé que la Cour suprême s'était penchée surtout sur les effets de la retraite obligatoire dans le secteur privé lorsqu'elle avait évalué la validité du *Code des droits de la personne*. Elle a cité le passage suivant de l'arrêt *McKinney* :

> Il faut se rappeler que nous n'avons pas affaire à un règlement applicable aux employés du gouvernement; il ne s'agit pas non plus d'une politique gouvernementale qui favorise la retraite obligatoire. Il s'agit simplement d'une politique facultative. Elle permet à ceux qui travaillent dans les divers domaines du secteur privé de fixer leurs conditions de travail, soit personnellement, soit par l'intermédiaire des organisations qui les représentent. Il ne s'agit pas d'une condition imposée aux employés. Elle résulte plutôt en bonne partie des ententes que le mouvement syndical ou des employés, pris individuellement, ont réussi à obtenir avec peine[cccxviii].

La Cour d'appel a aussi effectué un examen détaillé d'autres décisions rendues sur la question de la retraite obligatoire. Cet examen a renforcé sa conclusion selon laquelle la Cour suprême n'avait pas eu l'intention d'affirmer que [TRADUCTION] « toutes les politiques du secteur public en matière de retraite obligatoire étaient validées selon l'art. 1 de la *Charte* du seul fait qu'elles ne contrevenaient pas aux lois provinciales applicables sur les droits de la personne... Si les juges majoritaires dans l'affaire *McKinney* avaient voulu résoudre pour n'importe quel genre

---

[cccxv] Précité note 312 au par. 42.
[cccxvi] Précité note 312.
[cccxvii] *Ibid.* au par. 58.
[cccxviii] *Ibid.* au par. 71.

d'emploi la question de la constitutionnalité des politiques du secteur public en matière de retraite obligatoire, on se serait attendu à ce qu'ils le disent en termes non équivoques »[cccxix].

Se référant aux circonstances particulières de l'affaire considérée, la Cour d'appel a conclu ainsi :

> [TRADUCTION] Est-il raisonnable de conclure qu'un employeur tel que le GVRD puisse simplement édicter une politique qui de l'aveu général est discriminatoire et qui à première vue ne contrevient pas aux droits de la personne, et qu'il n'ait rien de plus à faire pour justifier sa politique que de citer l'arrêt *McKinney* ? À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. L'arrêt *McKinney* n'est pas le mot de la fin pour ce qui est de la constitutionnalité de toutes les politiques du secteur public en matière de retraite obligatoire, sans que soit considérée la nature de l'emploi ou le contexte factuel de chaque espèce. Il ne libère pas un employeur de l'obligation de prouver que sa politique de retraite obligatoire se justifie selon l'article 1 de la *Charte*, après une analyse comme celle effectuée dans l'arrêt *Oakes*. Il se pourrait qu'un employeur soit en mesure de s'acquitter d'emblée de cette charge dans certains cas en raison de similitudes entre l'affaire considérée et d'autres affaires déjà décidées, mais il doit néanmoins satisfaire à son obligation[cccxx].

Un juge de la Cour d'appel (la formation comprenait trois juges) a exprimé un avis différent de celui des juges majoritaires. Après s'être référé à divers extraits de l'arrêt *McKinney*, le juge dissident est arrivé à la conclusion suivante :

> [TRADUCTION] Toute obligation d'avancer une justification professionnelle particulière pour une retraite obligatoire à l'âge de 65 ans ajouterait un deuxième niveau à l'obligation de conformité au *Code* et mettrait en question la justification générale qui sous-tend les dispositions du *Code*. Si cette justification générale suffit à soutenir le *Code*, je ne vois pas pourquoi elle ne devrait pas également suffire à justifier une politique qui est conforme au *Code*. La solution contraire entraînerait une tension entre la justification générale de la retraite obligatoire et la justification particulière, ce qui serait source d'incertitude et de conflit dans l'emploi au sein de l'administration. Je crois qu'il serait inopportun d'imposer à cet employeur une norme plus élevée que celle du *Code des droits de la personne*, simplement parce qu'il s'agit d'une entité gouvernementale quand il est un employeur relevant de la compétence provinciale. À mon avis, les dispositions du *Code* constituent par implication nécessaire une justification de la politique de retraite obligatoire selon l'art. 1 de la *Charte*, car il s'agit de règles générales applicables à la fois au secteur privé et au secteur public relevant de la compétence provinciale[cccxxi].

On ne sait pas si appel de cette décision sera interjeté à la Cour suprême du Canada.

[cccxix] *Ibid.* aux par. 120 et 122.
[cccxx] *Ibid.* au par. 125.
[cccxxi] *Ibid.* au par. 16.

R. c. Latimer

La Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire très médiatisée concernant Robert Latimer, déclaré coupable d'homicide involontaire sur sa fille de 12 ans, qui souffrait d'une forme grave de paralysie cérébrale[cccxxii]. L'homicide involontaire est punissable d'une peine minimale de 10 ans d'emprisonnement, mais le juge qui avait présidé le procès de Latimer a estimé que la peine était cruelle et inusitée eu égard aux circonstances, et donc contraire à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a donc accordé une dispense constitutionnelle d'application de la peine d'emprisonnement minimale de 10 ans et a imposé une peine d'emprisonnement d'un an, suivie d'une année de probation. La décision du juge de première instance en la matière a été infirmée par la Cour d'appel de la Saskatchewan, qui a imposé la peine minimale de 10 ans, puis un autre appel a été interjeté devant la Cour suprême du Canada[cccxxiii].

La Cour suprême a d'emblée affirmé qu'une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* s'entend d'une peine qui est « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine »[cccxxiv]. C'est uniquement lorsque la peine est exagérément disproportionnée à ce qui aurait été adéquat que la protection de l'art. 12 peut être invoquée. Pour savoir si une peine est exagérément disproportionnée, un tribunal « doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter et dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier »[cccxxv]. Outre ces facteurs, un tribunal doit également considérer « l'effet réel de la peine sur l'individu, les objectifs pénologiques et les principes en fonction desquels la peine est déterminée, l'existence de solutions de rechange valables à la peine infligée et la comparaison avec les peines infligées pour d'autres crimes dans le même ressort »[cccxxvi]. La Cour suprême a aussi souligné que le critère permettant de dire si une peine est excessivement longue est rigoureux et exigeant et qu'il ne sera conclu qu'exceptionnellement à une violation de l'art. 12.

Appliquant ces principes à l'affaire *Latimer*, la Cour suprême a d'abord fait observer que l'infraction commise était une infraction d'une extrême gravité : « Le meurtre au deuxième degré constitue une infraction assortie d'un degré extrêmement élevé de culpabilité criminelle. En l'espèce, les plus graves conséquences possibles ont découlé d'un acte dont l'intentionnalité est la plus grave et la plus moralement coupable. C'est en fonction de cette réalité que nous devons soupeser les autres facteurs contextuels, notamment la situation personnelle du contrevenant et

---

[cccxxii] *R.* c. *Latimer*, (le18 janvier 2001), 2001 CSC 1, n° 26980 (C.S.C.).

[cccxxiii] Diverses autres questions de droit pénal ont été examinées par la Cour suprême, par exemple la défense de nécessité, mais seule la question de la peine cruelle et inusitée au regard de la *Charte* est examinée dans le présent sommaire.

[cccxxiv] Précité note 321 au par. 73, citant *Miller et Cockriell* c. *La Reine*, [1977] 2 R.S.C. 680 à la page 688.

[cccxxv] Précité, note 321 au par. 74.

[cccxxvi] *Ibid.* au par. 75.

les circonstances particulières de l'infraction »[cccxxvii]. La Cour a jugé que des circonstances à la fois aggravantes et atténuantes caractérisaient le crime de M. Latimer; en définitive, leur effet combiné était considérablement réduit lorsqu'on les mesurait à l'aune de la gravité de l'infraction[cccxxviii].

La gravité de l'infraction était reflétée dans la peine minimale prévue par le *Code criminel*[cccxxix]. La Cour a jugé que la peine minimale de 10 ans d'emprisonnement répondait à un important principe de détermination des peines, à savoir que la peine joue un important rôle de réprobation à l'égard de la criminalité : « L'objectif de réprobation commande que la peine indique que la société condamne la conduite de ce contrevenant. Bref, une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société qui sont constatées dans notre droit pénal substantiel »[cccxxx]. Le rôle de réprobation est d'autant plus important, selon la Cour, lorsque le crime considéré a nécessité un degré considérable de planification et de préméditation et qu'il a été fortement médiatisé. La réprobation de tels crimes permet de dissuader d'autres individus ayant les mêmes idées, ce qui est particulièrement important lorsque la victime est une personne vulnérable en raison de son âge, d'un handicap ou d'autres facteurs de même nature.

Eu égard à tous ces motifs, la Cour a conclu que la peine minimale de 10 ans d'emprisonnement imposée à M. Latimer ne niait pas ses droits selon l'art. 12 de la *Charte*. Elle a aussi fait observer que la prérogative royale de clémence est expressément préservée par les dispositions du *Code criminel*. Elle a réitéré le raisonnement qu'elle avait tenu dans un arrêt antérieur, raisonnement selon lequel « lorsque les tribunaux ne sont pas en mesure d'offrir une réparation appropriée dans les cas où l'exécutif considère qu'il y a emprisonnement injuste, l'exécutif peut accorder la « clémence » et ordonner la libération du contrevenant. La prérogative royale de clémence est la seule réparation possible pour les personnes qui ont épuisé leurs droits d'appel et qui ne sont pas en mesure de démontrer que la peine qui leur a été imposée n'est pas conforme à la *Charte* »[cccxxxi].

L'obésité en tant que déficience

[cccxxvii] *Ibid.* au par. 84.

[cccxxviii] La Cour s'est exprimée ainsi : « D'une part, nous devons prendre dûment en compte les tentatives initiales de M. Latimer de dissimuler ses actes, son absence de remords, sa position de confiance, le degré élevé de planification et de préméditation ainsi que l'extrême vulnérabilité de Tracy. D'autre part, nous sommes conscients de la bonne moralité et de la bonne réputation de M. Latimer au sein de la collectivité, de sa profonde angoisse au sujet du bien-être de Tracy ainsi que de sa persévérance louable en tant que parent qui aime sa fille et prend soin d'elle. Nous ne pouvons pas conclure que, prises ensemble, les caractéristiques personnelles et les circonstances particulières de la présente affaire l'emportent sur la gravité considérable de cette infraction ». *Ibid.* au par. 85.

[cccxxix] *Code criminel du Canada*, S.C.R. 1985, ch. C-46.

[cccxxx] Précité note 321 au par. 86.

[cccxxxi] *Ibid.* au par. 89.

La question de savoir si l'obésité constitue ou non une déficience aux termes de certaines dispositions de la *Loi sur les transports au Canada* (*LTC*)[cccxxxii] a été portée devant l'Office des transports du Canada. Cette démarche résulte d'une plainte contre Air Canada relativement, d'une part, au siège que cette dernière a assigné à une passagère à bord d'un vol entre Calgary et Ottawa, d'autre part, à la politique du transporteur qui exige des prix plus élevés des passagers qui ont besoin de plus d'espace assis en raison de leur obésité[cccxxxiii].

Le mandat et les pouvoirs de l'Office en ce qui concerne les personnes ayant une déficience sont énoncés à la partie V de la *LTC*. Ces dispositions confèrent à l'Office le pouvoir de prendre des règlements afin de supprimer les obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience au sein du réseau de transport sous juridiction fédérale, de même que le pouvoir d'arbitrer des plaintes. Même en l'absence de dispositions réglementaires applicables, l'Office a le pouvoir d'examiner les questions issues de demandes visant à déterminer s'il existe des obstacles abusifs au déplacement des personnes ayant une déficience. La demande en l'espèce a été déposée en vertu de cette compétence. Cependant, il a été convenu que la question de savoir si l'obésité constituait une déficience aux termes de la partie V était une question de juridiction préliminaire qui devait être entendue au cours d'une audience spéciale à laquelle seraient convoqués un certain nombre de témoins experts.

Dans la décision qu'il a rendue à la suite de l'audience spéciale, l'Office a reconnu que la partie V de la *LTC* est, de par sa nature même, un texte législatif sur les droits de la personne auquel il faut donner une interprétation large, libérale et fondée sur l'objet visé. Il a de plus observé que l'article 171 de la *LTC* prévoit expressément que l'Office et la Commission canadienne des droits de la personne sont tenus « [...] de veiller à la coordination de leur action en matière de transport des personnes ayant une déficience pour favoriser l'adoption de lignes de conduite complémentaires et éviter les conflits de compétence »[cccxxxiv]. C'est à la lumière de ces principes que l'Office a examiné les éléments de preuve versés au dossier et que les plaidoiries sur la question de l'obésité ont été présentées.

Même si les témoignages des experts divergeaient sur le fait de considérer l'obésité comme une maladie, aucune des parties ayant comparu devant l'Office ne s'est dite d'avis que les causes de l'obésité, médicales ou autres, permettaient de déterminer si elle constituait une déficience. À cet égard, l'Office a convenu qu'un état de santé pouvait être considéré comme une déficience aux termes des dispositions relatives à l'accessibilité de la partie V, sans pour autant qu'il s'agisse d'une maladie. Il a donné comme exemple le cas hypothétique d'une quadriplégie résultant d'un accident. De même, les témoignages tendant à établir une corrélation entre l'obésité et d'autres problèmes de santé et comorbidités (qui, de l'avis de l'Office, n'est pas un facteur particulièrement pertinent) ne permettent pas de déterminer si l'obésité est une déficience. L'Office a reconnu qu'il était sans doute plus pertinent et opportun, dans un contexte donné, de

---

[cccxxxii] *Loi sur les transports au Canada*, S.C. 1996, ch. 10.

[cccxxxiii] RELATIVE À la question de juridiction, découlant d'une demande reçue par l'Office des transports du Canada de Linda McKay-Panos contre Air Canada, visant à déterminer si l'obésité est une déficience aux termes de la Partie V de la *Loi sur les transports au Canada* (le 12 décembre 2001), Décision n° 646-AT-A-2001.

[cccxxxiv] Précité note 331, art. 171.

s'en remettre aux notions d'invalidité, de limitations d'activité et/ou de restrictions de participation, lesquelles sont définies dans la Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF) de l'Organisation mondiale de la santé.

L'Office a noté que le modèle de déficience de la CIF décrit une invalidité dans son sens large comme un problème de fonctionnement ou de structure de l'organisme, une baisse de pouvoir ou de force d'une fonction ou un écart de fonctionnement. Le modèle de la CIF reconnaît l'obésité comme une invalidité fonctionnelle de l'organisme sous l'angle de l'indice de masse corporel (IMC) de chaque personne. L'Office a constaté toutefois que, si l'on tient compte de ce modèle, au moins 60 % de la population nord-américaine est obèse et techniquement déficiente. Il a donc conclu qu'une invalidité à elle seule (du moins en l'espèce) ne suffisait pas à établir une déficience.

Pour ce qui est de la limitation d'activité, l'Office a noté que le modèle de la CIF la considère comme une incapacité, inaptitude ou autre difficulté inhérente à exécuter une tâche ou une action. Selon le témoignage d'experts, on ne saurait conclure à une limitation d'activité qu'à partir des faits d'un cas donné. Autrement dit, il ne s'agit ni d'une question *a priori* ni d'une question de définition, comme c'est le cas pour une invalidité. L'Office a observé que, si certaines personnes obèses se heurtent à des limitations d'activité, bon nombre d'entre elles n'est pas confrontée à une telle situation. Il a souligné en outre que, selon les experts médicaux, il n'y a pas d'IMC précis au-delà duquel des limitations d'activités seront obligatoirement présentes. L'Office a adopté un point de vue semblable à l'égard des restrictions de participation en soutenant la thèse des experts suivant laquelle l'évaluation des restrictions doit être entreprise en fonction de chaque cas pris individuellement. Bien que l'Office ait reconnu, comme le font valoir certains experts, que les personnes obèses se heurtent de façon générale à des préjugés et à des refus associés aux possibilités et que l'accueil social réservé à l'obésité est souvent discriminatoire, il a convenu qu'aucune preuve n'avait été présentée pour soutenir la conclusion que les personnes obèses font face forcément à des restrictions de participation au sein du réseau de transport sous juridiction fédérale. Il a tiré la même conclusion au sujet des limitations d'activités.

À la lumière de ses constatations sur la nature factuelle des limitations d'activités et des restrictions de participation, l'Office a conclu que l'obésité en soi ne constitue pas une déficience aux termes de la partie V de la *LTC*. Néanmoins, il a tenu à ajouter que « la preuve suggère qu'il y a sans doute des personnes dans la population des personnes obèses qui ont une déficience aux termes de la partie V de la *LTC*, laquelle peut être attribuée à leur obésité. »[cccxxxv] L'Office a par conséquent indiqué qu'il continuerait à examiner au cas par cas les demandes qui soulèveraient de telles questions. Il lui reste à rendre sa décision sur le bien-fondé de la plainte déposée contre Air Canada, laquelle avait donné lieu à l'audience spéciale.

DROIT INTERNATIONAL

[cccxxxv] Précité note 332.

La Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) a été instituée en 1978, dans le sillage de la ratification par le Canada, en 1976, des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de la personne[cccxxxvi]. Depuis cette époque, la CCDP a joué un rôle important dans l'accomplissement par le Canada, au niveau interne, de ses obligations internationales en matière de droits de la personne et dans l'avancement des normes en la matière au niveau international. En fait, la Commission canadienne des droits de la personne a été essentielle lors de l'élaboration en 1991 des « Principes de Paris », entérinés ultérieurement par l'Assemblée générale des Nations Unies[cccxxxvii] (A/RES/48/134 du 4 mars 1994). Ces Principes fixent les normes minimales qui garantissent l'indépendance et l'impartialité des institutions nationales des droits de la personne et prévoient que « les institutions nationales devraient promouvoir et assurer l'harmonisation des lois, des règlements et des pratiques en vigueur sur le plan national avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme »[cccxxxviii]. Dans l'accomplissement de ce mandat, la Commission a récemment commencé d'intégrer, à son analyse des nouveaux projets de loi du gouvernement, les instruments internationaux en matière de droits de la personne. Par exemple, en 2001, dans nos observations concernant le texte antiterroriste (projet de loi C-36)[cccxxxix] et les modifications apportées à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (projet de loi C-11)*[cccxl], la Commission a examiné les normes internationales en matière de droits de la personne qui lient le Canada et nous avons conclu que certains aspects de ces deux projets de loi étaient incompatibles avec nos obligations internationales à ce chapitre.

L'importance du droit international des droits de la personne dans le contexte canadien a été soulignée en 2000 par le Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne, présidé par M. Gérard La Forest. Dans son rapport intitulé *La promotion de l'égalité : une nouvelle vision*[cccxli], le Comité de révision a présenté plusieurs recommandations pour une

---

[cccxxxvi] *La Charte internationale des droits de l'homme comprend la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948*, GA Res. 217(III), UN GAOR, 3 Sess., Supp. No. 13, UN Doc A/810(1948) 71 [ci-après DUDH], *le Pacte international de 1976 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, (Supp.No. 16) 49, Doc. A/6316 U.N. (1966) [ci-après PIDESC] et *le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le 19 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171, Can T.S. 1976 No. 47, 6 I.L.M. 368 (en vigueur le 23 mars 1976), [ci-après PIDCP] ainsi que ses deux protocoles facultatifs.

[cccxxxvii] *Principes concernant le statut et le fonctionnement des institutions nationales pour la protection et la promotion des droits de l'homme* , GA Res. 48/134 (le 4 March 1994) [ci-après « *Principes de Paris* »].

[cccxxxviii] *Ibid.* à l'annexe 3(b).

[cccxxxix] Projet de loi C-36, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur les secrets officiels, la Loi sur la preuve au Canada, la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et d'autres lois, et édictant des mesures à l'égard de l'enregistrement des organismes de bienfaisance, en vue de combattre le terrorisme*, 1ère session, 37e législature, 2001. (Sanctionné le 18 décembre 2001, S.C. 2001, ch. 41).

[cccxl] Projet de loi C-11, *Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger*, 1ère session, 37e législature, 2001. (Sanctionné le 1 novembre 2001, S.C. 2001, ch. 27).

[cccxli] Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *La promotion de*

modification de la *LCDP* et du mandat de la Commission. Plus précisément, le Comité de révision a recommandé que la *LCDP* renferme une référence expresse, dans son préambule, aux instruments internationaux relatifs aux droits de la personne et donne à la Commission le mandat de surveiller les accomplissements du Canada en la matière. En 2001, le nouveau Comité sénatorial permanent des droits de la personne a rendu public son premier rapport[cccxlii] et réitéré la recommandation d'insérer dans la *LCDP* une référence expresse aux instruments internationaux relatifs aux droits de la personne, ainsi que la recommandation d'attribuer à la Commission des moyens suffisants pour qu'elle puisse mener des examens systématiques des projets de loi et de politique pour s'assurer qu'ils s'accordent avec les normes internationales en matière de droits de l'homme.

---

l'égalité : une nouvelle vision, Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, 2000.(Ottawa :, 2000).

[cccxlii] Canada, Parlement, Comité sénatorial permanent des droits de la personne, « *Des promesses à tenir : le respect des obligations du Canada en matière de droits de la personne* », 2e rapport, 1ère session, 37e législature, décembre 2001.

De même, les tribunaux canadiens s'inspirent de plus en plus des textes internationaux relatifs aux droits de la personne pour donner une interprétation persuasive du droit interne canadien. En 1999, dans l'arrêt *Baker*[cccxliii], la Cour suprême du Canada est allée au-delà de la présomption traditionnelle de conformité des lois aux obligations internationales, pour affirmer que « les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »[cccxliv]. Dans l'affaire *Baker* elle-même, cela signifiait que les agents d'immigration sont tenus, lorsqu'ils exercent leurs pouvoirs discrétionnaires, de tenir compte des valeurs exprimées dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*[cccxlv]. Au début de 2002, le raisonnement exposé dans l'arrêt *Baker* fut appliqué, en partie, dans l'arrêt *Suresh*[cccxlvi], où la Cour suprême examinait l'application de la *Convention contre la torture*[cccxlvii] pour interpréter la *Charte* et les dispositions de non-refoulement insérées dans la *Loi sur l'immigration*[cccxlviii]. Dans cet arrêt, la Cour écrivait que « l'examen des principes de justice fondamentale s'appuie non seulement sur la jurisprudence et l'expérience canadiennes, mais également sur le droit international »[cccxlix].

Une tendance semblable est constatée dans d'autres pays. En 2001, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (la CADHP) a jugé, dans une affaire qui intéressait la Zambie, que, si les traités internationaux ne font pas partie du droit interne d'un État ni ne sont directement exécutoires devant les tribunaux nationaux, ils imposent en revanche des obligations internes aux États parties[ccci]. Ces développements soulignent avec force que les normes et tendances internationales des droits de la personne peuvent de plus en plus avoir, et ont effectivement, une incidence profonde sur les droits de la personne au niveau national - que ce soit au Canada ou dans les autres États « dualistes », où le droit international n'est pas automatiquement et directement applicable devant les tribunaux nationaux.

Le droit international imprègne de plus en plus l'interprétation du droit interne canadien, mais il subsiste d'importantes différences entre les deux. Dans son rapport, le Comité sénatorial permanent des droits de la personne soulignait d'ailleurs qu'il y a des dissemblances entre les obligations du Canada au titre des traités internationaux sur les droits de la personne et ses obligations selon notre droit interne, ce qui donne à entendre que « le Canada ne respecte pas entièrement ses obligations internationales et, par conséquent, risque de nier à ses citoyens

---

[cccxliii] *Baker* c. *Canada*, [1999] 2 R.C.S. 217.
[cccxliv] *Ibid.* au par. 70.
[cccxlv] *Convention relative aux droits de l'enfant*, G.A. res. 44/25, annexe, 44 U.N. GAOR suppl. (n° 49) at 167, U.N.Doc. A/44/49(1989) (en vigueur le 2 septembre, 1990).
[cccxlvi] *Suresh* c. *Le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et al.*,(le 11 janvier 2002), [2002] 2 CSC 1, dossier n° 27790.

[cccxlvii] *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, le 9 mars 1984, R. T. Can. 1987 n° 36, 23 I.L.M. 1027.
[cccxlviii] *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2.
[cccxlix] Précité note 345 au par. 46.
[ccci] *Legal Resources Foundation* c. *Zambie*, Communication 211/98, Décision de la CADHP, 29e session ordinaire, avril-mai 2001.

l'accès à certains droits »[cccli].

Pour la première fois, un bref tour d'horizon des développements et tendances du droit international des droits de la personne est inséré dans le rapport juridique de la Commission. La section ne prétend pas être complète, ni aborder tous les aspects de la question. Nous examinerons plutôt les trois grands aspects traités cette année par le Tribunal canadien des droits de la personne et autres juridictions canadiennes, et examinés dans d'autres sections du présent rapport - la discrimination fondée sur le sexe, la déficience et la race, les droits des peuples autochtones, enfin les droits économiques, sociaux et culturels - et nous évoquerons les grands développements internationaux relatifs à ces matières.

1. ***Discrimination fondée sur le sexe***

[cccli] Précité note 341.

Le Canada a été l'un des premiers pays à ratifier la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (la CEDF)[ccclii], en 1981. L'article premier de la Convention définit la discrimination à l'égard des femmes comme : « ... toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine »[ccliii].

Outre la CEDF, d'autres conventions, déclarations et normes internationales interdisent la discrimination fondée sur le sexe. Il y a la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)[ccliv], le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)[cclv], le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)[cclvi] et la Convention sur les droits politiques de la femme[cclvii], ainsi que les traités de l'Organisation internationale du travail se rapportant à l'équité salariale[cclviii].

Les principales questions examinées en 2001 ont concerné le trafic des femmes, l'adoption d'une approche sexospécifique de la sécurité et le développement de mécanismes de plaintes individuelles pour les femmes dont les droits protégés au niveau international ont été transgressés.

À la fin de 2000, le Canada a signé un nouveau protocole de la Convention des Nations Unies contre le crime organisé transnational, protocole qui concernait le trafic des personnes, en particulier des femmes et des enfants. Également à la fin de 2000, le Conseil de sécurité adoptait sa première résolution sur le genre et la sécurité[cclix]. En 2000, l'attention s'est principalement

---

[ccclii] *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (1981) 1249 U.N.T.S. 13 [ci-après cited as CEDAW].

[ccliii] *Ibid.*

[ccliv] *Déclaration universelle des droits de l'homme*, précité note 335.

[cclv] *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité note 335.

[cclvi] *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, précité note 335.

[cclvii] *Convention sur les droits politiques de la femme*, 193 U.N.T.S. 135, en vigueur le 7 juillet1954.

[cclviii] Par example, voir *Recommandation (n° 111) Recommandation concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, Conférence générale de l'Organisation mondiale du Travail, le 25 juin 1958., *Recommandation (n° 90) Recommandation concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale*, Conférence générale de l'Organisation mondiale du Travail, le 29 juin, 1951., *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*, Conférence générale de l'Organisation mondiale du Travail , le 23 mai 1953. *Convention (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, Conférence générale de l'Organisation mondiale du Travail, le 25 juin, 1958.

[cclix] *Protocole concernant la lutte contre le trafic d'êtres humains, en particulier de femmes et d'enfants, protocole additionnel à la Convention internationale contre la criminalité transnationale organisée*, G.A. res. 55/25, annexe II, 55 U.N. GAOR suppl. (n° 49) à 60, U.N. Doc. A/45/49 (vol. 1)(2001).

portée sur les conséquences préjudiciables des conflits armés pour les femmes et les jeunes filles, sur le rôle des femmes dans la consolidation de la paix et sur les dimensions sexospécifiques des processus de paix et de la résolution des conflits.

Événement d'un intérêt tout particulier pour la Commission, à la fin de 2000 le *Protocole facultatif* établissant un nouveau mécanisme de plaintes individuelles au titre de la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEDF)[cccl x] entrait en vigueur. Il y avait 73 signataires, dont 28 avaient ratifié le Protocole à la fin de 2001. En 2001, le gouvernement du Canada a annoncé qu'il soutenait l'adoption du Protocole facultatif. Il consulte actuellement les provinces et territoires sur la ratification. La ratification par le Canada du Protocole facultatif permettrait aux femmes, après qu'elles auraient épuisé leurs recours canadiens internes, de présenter, au Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, des « communications » individuelles alléguant une violation de leurs droits selon la CEDF.

Tout comme la *LCDP* proscrit la discrimination sexuelle dans l'emploi ou dans la prestation de services, la CEDF proscrit la discrimination dans les prestations économiques et sociales (art. 13) et dans le domaine de l'emploi (art. 11), garantissant le droit des femmes de travailler et leur droit d'être rémunérées et traitées équitablement pour un travail d'égale valeur. La CEDF prévoit aussi que des mesures concrètes destinées à accélérer *de facto* l'égalité n'équivalent pas à discrimination. À maints égards, le cadre juridique international garantissant l'égalité des femmes dans ces domaines reprend le cadre de la *LCDP*, notamment les dispositions sur l'équité salariale, et celui de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*[cccl xi].

Depuis quelques années, les organismes responsables des droits de la personne à l'intérieur du Canada reconnaissent de plus en plus les effets aggravants de la discrimination fondée sur plus d'un motif, ce que l'on appelle la « transversalité ». En 1998, la *LCDP* a été modifiée pour qu'il soit entendu que « les actes discriminatoires comprennent les actes fondés sur un ou plusieurs motifs de distinction illicite ou l'effet combiné de plusieurs motifs »[cccl xii].

De même, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) a montré que les tribunaux internationaux comprennent mieux aujourd'hui la nature multidimensionnelle et transversale de la discrimination. Le Comité a émis un commentaire général, un énoncé interprétatif de la Convention. Dans ce commentaire, on peut lire que « certaines formes de discrimination raciale peuvent être dirigées spécifiquement contre les femmes en tant que femmes, par exemple : les violences sexuelles commises en détention ou en temps de conflit armé sur la personne de femmes appartenant à des groupes raciaux ou ethniques particuliers; la stérilisation forcée de femmes autochtones; les abus perpétrés à l'encontre de travailleuses du secteur informel ou d'employés domestiques travaillant à l'étranger, par leurs employeurs »[cccl xiii]. Le Comité s'efforce donc, lorsqu'il examine les formes de discrimination raciale, d'accroître ses efforts pour intégrer les perspectives des deux sexes, incorporer une analyse non sexiste et

---

[cccl x] Précité note 351.

[cccl xi] *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, S.C. 1995, ch. 44.

[cccl xii] Précité note 230.

[cccl xiii] *La dimension sexiste de la discrimination raciale* : le 20 mars 2000. Recommandation générale 25. (Commentaires généraux), par. 2.

encourager un langage épicène[ccclxiv] dans son examen des rapports soumis par les États parties et concernant leur conformité à leurs obligations internationales. D'autres organes chargés de veiller à l'application de traités, par exemple le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, ont émis des commentaires généraux semblables. Par exemple, s'exprimant sur l'art. 3 du PIDCP (égalité des droits entre hommes et femmes), le Comité des droits de l'homme des Nations Unies affirmait en 2000 que : « l'inégalité dont les femmes sont victimes partout dans le monde dans l'exercice de leurs droits est profondément ancrée dans la tradition, l'histoire et la culture, y compris les attitudes religieuses »[ccclxv]. Selon le Comité, les États parties au Pacte, qui doivent garantir la jouissance égale des droits sans aucune discrimination, devraient s'assurer que les attitudes traditionnelles, historiques, religieuses ou culturelles ne servent pas à justifier les violations des droits des femmes à l'égalité devant la loi et à la même jouissance de leurs droits selon le Pacte[ccclxvi]. Le Comité décrivait diverses mesures que les États peuvent appliquer pour garantir l'aptitude égale des hommes et des femmes à la jouissance de tous les droits civils et politiques énoncés dans le Pacte, et il soulignait également que « la discrimination à l'égard des femmes est souvent liée à la discrimination d'autres types, comme la discrimination fondée sur la race, la couleur, la langue, la religion, l'opinion politique ou autre, la propriété, la naissance ou tout autre statut »[ccclxvii].

1. *Personnes handicapées*

Par la Charte des Nations Unies[ccclxviii], les États se sont engagés à prendre des mesures, ensemble et séparément, afin de favoriser une meilleure qualité de vie, le plein emploi et des conditions propices au progrès économique et social. Aucun des grands instruments internationaux des droits de la personne ne renferme de dispositions particulières se rapportant aux personnes handicapées, mais la DUDH reconnaît que tous les êtres humains sont nés libres et égaux en dignité et en droits. Par ailleurs, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que toutes les personnes ont le droit à la protection contre la discrimination et à la jouissance pleine et égale de leurs droits fondamentaux. Par conséquent, les personnes handicapées sont manifestement fondées à exercer l'éventail complet des droits reconnus dans le Pacte. Ce principe a été rappelé dans la Déclaration et le Programme d'action de Vienne adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme en 1993, où l'on peut lire que « Toute forme de discrimination directe, tout traitement discriminatoire à l'encontre d'une personne handicapée, constitue donc une violation des droits de celle-ci »[ccclxix]. Le droit international des droits de la personne englobe donc manifestement l'obligation de garantir aux personnes handicapées l'égalité dans tous les domaines, y compris l'emploi et les services sociaux, et d'éliminer tous les

---

[ccclxiv] *Ibid.* au par. 4.

[ccclxv] *Égalité des droits entre hommes et femmes (article 3)* : le 29 mars 2000. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, Commentaire général 28 du CDCP. (Commentaires généraux), par. 5 [ci-après ICCPR].

[ccclxvi] *Ibid.*

[ccclxvii] *Ibid.* au par. 30.

[ccclxviii] *Charte des Nations Unies*, le 26 juin 1945, 59 Stat. 1031, T.S. 993, 3 Bevans 1153, en vigueur le 24 octobre 1945.

[ccclxix] Déclaration et programme d'action de Vienne, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Vienne, du 14-25 juin 1993, U.N. Doc. A/Conf.157/24(Part I) à 20(1993) (JUIN) au par. 63.

obstacles physiques à leur pleine participation.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a fait observer que les États ont l'obligation de « prendre des mesures concrètes pour réduire les désavantages structurels et accorder un traitement préférentiel approprié aux personnes souffrant d'un handicap afin de parvenir à assurer la participation pleine et entière et l'égalité, au sein de la société, de toutes ces personnes »[cccLxx]. Cela comprend à la fois la sphère publique et la sphère privée[cccLxxi]. Selon le Comité, pour corriger la discrimination passée et actuelle, et prévenir la discrimination future, les États parties doivent adopter des lois détaillées antidiscrimination se rapportant à la déficience. Ces lois devraient non seulement offrir aux personnes handicapées tous les recours judiciaires possibles et appropriés, mais également prévoir des programmes de politique sociale permettant aux personnes handicapées de vivre une vie intégrée, autonome et déterminée par elles-mêmes.

Dans l'arrêt *Price* c. *Royaume-Uni*[cccLxxii], la Cour européenne des droits de l'homme a jugé en 2001 que l'absence d'accommodements qui tiennent compte de la déficience peut équivaloir dans certains cas à un traitement cruel et inusité. Dans cette affaire, une femme victime de la thalidomide et paralysée des quatre membres, qui souffrait de nombreux problèmes de santé, avait été emprisonnée dans une cellule dont les équipements n'étaient pas adaptés à ses besoins particuliers. La Cour a jugé que, même s'il n'y avait dans cette affaire aucune preuve d'une véritable intention d'humilier ou de dévaloriser la requérante, les conditions dans lesquelles elle était détenue constituaient un traitement dégradant contraire à l'art. 3 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales[cccLxxiii].

Dans l'arrêt *PGA Tour, Inc* c. *Martin*[cccLxxiv], la Cour suprême des États-Unis a jugé en 2001 que le *Americans with Disabilities Act*[cccLxxv] oblige le PGA à permettre aux personnes handicapées l'utilisation de voiturettes de golf durant les épreuves de qualification pour le circuit du PGA. Dans cette affaire, l'intimé, une personne handicapée, contestait l'obligation de marcher imposée durant le tournoi, ce qui empêchait les participants d'utiliser des voiturettes de golf. La Cour a jugé que le terrain de golf utilisé par le circuit était public, donc soumis aux exigences de la *Loi*, et que l'utilisation de voiturettes par les personnes handicapées, qui par ailleurs étaient admissibles, ne modifiait pas fondamentalement la nature du sport ni ne donnait à l'intimé un avantage sur les autres.

1. ***Racisme et discrimination raciale***

L'année 2001 a été l'Année internationale de la mobilisation contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée. La Conférence mondiale contre le

---

[cccLxx] *Personnes handicapées* : le 9 décembre 1994. Commentaire général 5 du CDESC. (Commentaires généraux), par. 9.

[cccLxxi] *Ibid.* au par. 11.

[cccLxxii] *Price* c. *Royaume-Uni*(le 10 juillet 2001), REF00002640, C. eur. D. H.

[cccLxxiii] « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

[cccLxxiv] *PGA Tour, Inc.* c. *Casey Martin,* 8 *U.S.C.S* § 1409 (U.S.S.C).

[cccLxxv] *Americans with Disabilities Act,* 42 U.S.C. § 12101.

racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée (CMCR), qui s'est déroulée à Durban en septembre 2001, a adopté une Déclaration et un Programme d'action.

L'an dernier, le point de mire du Tribunal canadien des droits de la personne dans le domaine du racisme a été la publication de messages haineux. Au début de 2002, le Tribunal a rendu une décision dans l'affaire *Zündel*[cccLxxvi], relative à un site Web Internet qui exposait les Juifs à la haine. Dans sa décision, le Tribunal a conclu que le site créait des conditions qui permettaient à la haine de fleurir, puis il a fait observer que « ... les avantages qui en découlent continuent de l'emporter sur les effets préjudiciables sur la liberté d'expression de [M. Zündel] »[cccLxxvii]. Le Tribunal a ordonné la fermeture du site Web. Au niveau international, la Conférence mondiale contre le racisme a examiné la question de la propagande haineuse de nature raciste et xénophobe. Tout en reconnaissant la réelle contribution que l'exercice du droit à la liberté d'expression peut apporter à la lutte contre le racisme, la Conférence mondiale s'est déclarée préoccupée par l'utilisation des nouvelles technologies de l'information, par exemple l'Internet, à des fins contraires au respect des valeurs humaines, à l'égalité, à la non-discrimination, au respect d'autrui et à la tolérance[cccLxxviii]. Elle a rappelé que l'éducation à tous les niveaux et à tous les âges est essentielle pour un changement des attitudes et des comportements, pour la promotion, la diffusion et la protection des valeurs démocratiques de justice et d'équité[cccLxxix], ainsi que pour la nécessité d'offrir des protections et des réparations réelles et adéquates aux victimes de violations des droits fondamentaux résultant du racisme, de la discrimination raciale, de la xénophobie et de l'intolérance qui y est associée[cccLxxx].

Dans l'arrêt *Lacko* c. *République slovaque*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a examiné cette année la question de la discrimination raciale et l'obligation des États parties à la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale d'interdire et d'éliminer la discrimination raciale[cccLxxxi]. Le requérant, accompagné par d'autres personnes de souche tsigane, s'était rendu au restaurant de la gare de chemins de fer de Kosice, en Slovaquie, pour prendre un verre. Peu après son entrée dans le restaurant, le requérant et ses compagnons furent priés par une serveuse de quitter les lieux. La serveuse expliqua qu'elle agissait conformément à un ordre que lui avait donné le propriétaire du restaurant de ne pas servir les Roms. Il déposa une plainte, qui fut rejetée par le Cabinet du procureur général, au motif qu'une enquête avait révélé que des femmes roms avaient été servies au restaurant et que le propriétaire avait pris des dispositions pour qu'aucune autre discrimination ne soit exercée à l'encontre des clients polis, y compris les Roms. Le requérant affirma que la discrimination dont il avait été l'objet n'avait pas été corrigée, que cela rendait compte de l'absence d'une législation slovaque proscrivant expressément et

---

[cccLxxvi] Précité note 118.

[cccLxxvii] *Ibid.* au par. 241.

[cccLxxviii] *Ibid.* au par. 90-91.

[cccLxxix] *Ibid.* au par. 95.

[cccLxxx] *Ibid.* au par. 104. Noter que la question de l'assimilation du sionisme au racisme, ainsi que celle d'une « réparation ou satisfaction juste et adéquate » pour les « injustices historiques », telles que le colonialisme et l'esclavage, ont été des questions controversées qui ont conduit les représentants du gouvernement des États-Unis et du gouvernement d'Israël à quitter la conférence en signe de protestation.

[cccLxxxi] Communication 11/1998 : Slovaquie. le 9 août 2001. CERD/C/59/D/11/1998. (Jurisprudence), (décision en date du 9 août 2001).

véritablement la discrimination raciale dans l'accès aux lieux publics[cccIxxxii], et que cette absence d'une norme juridique constituait un manquement aux obligations de la Slovaquie selon l'art. 3 de la Convention. Puisque des procédures pénales avaient été engagées contre le propriétaire du restaurant pour incitation à la haine nationale et raciale, le Comité jugea qu'il n'y avait pas eu manquement à la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale[cccIxxxiii]. Cependant, s'autorisant de l'art. 14, paragraphe 7b), de la Convention, il recommanda à l'État partie de compléter sa législation afin de garantir le droit d'accès aux endroits publics en conformité avec l'art. 5f) de la Convention, et afin de sanctionner le refus de l'accès à de tels endroits pour cause de discrimination raciale. Le Comité a aussi recommandé à l'État partie de prendre les moyens nécessaires pour s'assurer que la procédure d'enquête applicable aux manquements ne soit pas d'une longueur excessive[cccIxxxiv].

Dans l'arrêt *Chypre* c. *Turquie*[cccIxxxv], la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le caractère exceptionnel et la gravité d'une discrimination ou d'une différence de traitement fondé sur la race peut dans certains cas équivaloir à un traitement dégradant selon l'art. 3 de la Convention. Le gouvernement requérant affirmait, à propos de la situation qui prévaut à Chypre depuis le début des opérations militaires de la Turquie au nord de Chypre en juillet 1974, que le gouvernement de la Turquie (« le gouvernement intimé ») continuait de violer la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). Plus précisément, le gouvernement requérant affirmait que, dans la pratique, les Chypriotes grecs vivant dans la région de Karpas au nord de Chypre étaient victimes d'un traitement discriminatoire équivalant à un traitement inhumain et dégradant. La Cour a établi que les conditions dans lesquelles la population est condamnée à vivre, « conditions qui ne pouvaient s'expliquer que par les caractéristiques qui les distinguent des Chypriotes turcs, à savoir leur origine ethnique, leur race et leur religion »[cccIxxxvi], étaient dévalorisantes et contrevenaient à la notion même de respect de la dignité humaine de ses membres. De l'avis de la Cour, il y avait violation de l'art. 3 de la Convention parce que les Chypriotes grecs vivant dans la région de Karpas, au nord de Chypre, étaient l'objet d'une discrimination équivalant à « un traitement dégradant »[cccIxxxvii].

1. *Droits des peuples autochtones*

La période 1995-2004 a été proclamée Décennie internationale des peuples autochtones du monde. Durant cette période, il y a eu d'importantes avancées internationales sur les questions autochtones, par exemple les progrès accomplis par le Groupe de travail sur les peuples autochtones, les réalisations du Groupe de travail sur le projet de déclaration en vue de la préparation de la *Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones*[cccIxxxviii],

---

[cccIxxxii] *Ibid.* aux par. 2.1-3.1.
[cccIxxxiii] *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 660 U.N.T.S. 195, en vigueur le 4 janvier 1969.
[cccIxxxiv] *Ibid.* au par. 21.
[cccIxxxv] *Chypre* c. *Turquie*(le 10 mai 2001), requête n° 25781/94, REF00002519, C. eur. D.H.
[cccIxxxvi] *Ibid.* au par. 309.
[cccIxxxvii] *Ibid.* au par. 311.
[cccIxxxviii] *Ébauche de déclaration des droits des populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 (1994).

l'établissement d'un Forum permanent sur les questions autochtones, et la nomination d'un rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones. Ces efforts internationaux ont également été reflétés par des efforts semblables dans les Amériques, qui ont entrepris, par exemple, la rédaction d'une *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*[cccLxxxix] et, en marge de ce texte, l'étude de 2001 sur les *Autorités et précédents du droit interne et du droit international pour le projet de déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*[cccxc], et une étude sur la *Situation des droits de l'homme des peuples autochtones dans les Amériques*[cccxci].

Les débats entrepris au sein de toutes ces tribunes montrent qu'il reste beaucoup à faire pour résoudre les difficultés actuelles, par exemple les disparités économiques, la pauvreté et la protection des droits sociaux, religieux et culturels des populations autochtones. Comme l'a indiqué le Comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination raciale : « dans de nombreuses régions du monde, les populations autochtones ont été l'objet de discrimination, elles continuent de l'être et elles ont été privées de leurs droits de l'homme et de leurs libertés fondamentales, et notamment elles ont perdu leurs terres et leurs ressources aux mains des colons, des sociétés commerciales et des entreprises d'États. Aujourd'hui comme par le passé la préservation de leur culture et de leur identité historique en est menacée »[cccxcii]. Les peuples et organisations autochtones recourent de plus en plus aux diverses procédures internationales et régionales de plaintes qui leur sont ouvertes[cccxciii].

L'année 2001 s'est révélée une année importante pour les droits des Autochtones dans le système interaméricain. La *Communauté indigène Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sur la côte atlantique du Nicaragua, a obtenu la reconnaissance de ses droits à ses terres ancestrales dans une affaire présentée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. La Commission a demandé à la Cour d'établir une procédure légale pour la démarcation rapide et la reconnaissance officielle des droits de propriété de la Communauté Awas Tingni. Dans sa décision rendue publique le 31 août 2001, la Cour a déclaré que : « les peuples autochtones, de par leur existence même, ont le droit de vivre librement sur leurs propres terres; le lien étroit entre les peuples autochtones et leurs terres devrait être reconnu et compris comme un élément essentiel de leurs cultures, de leurs vies spirituelles, de leur bien-être et de leur survie économique. Pour les collectivités indigènes, la relation à la terre n'est pas simplement une question de propriété et de production, mais un

---

[cccLxxxix] Approuvé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 26 février 1997, lors de sa 1333e session, 95e session ordinaire.

[cccxc] OEA/Ser.L/V/II.110 Doc 22, le 1er mars 2001.

[cccxci] OEA/Ser.L/V/II.108 Doc. 62, le 20 octobre 2000.

[cccxcii] 388. *Peuples autochtones* : le 18 août 1997. Recommandation générale 23 du CEDR. (Commentaires généraux), par. 3.

[cccxciii] Ainsi, trois plaintes ont été déposées contre le Canada devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies : *Lovelace* c. *Canada*, Communication 24/1977, CLPR/C/27/D/24/1977, 1981; *Tribu du lac Ominayak et Lubicon* c. *Canada*, Communication 167/1984, CLPR/C/38/D/167/1984, 1990; *Société tribale micmac* c. *Canada*, Communication 205/1986, CLPR/C/43/D/205/1986, 1991. D'autres pays ont également fait l'objet de plaintes de la part de groupes autochtones devant le Comité des droits de l'homme. Par exemple, *Ivan Kitok* c. *Suède*, Communication 197/1985 : Suède. le 10 août 1988. CCPR/C/33/D/197/1985.

élément matériel et spirituel dont elles doivent profiter pleinement, notamment pour préserver leur patrimoine culturel et le transmettre aux générations futures »[cccxciv]. La Cour a jugé que les membres de la Communauté Awas Tingni ont le droit d'obliger l'État à délimiter les terres de la Communauté et à délivrer les titres fonciers correspondants, et que l'État doit s'abstenir de toute mesure pouvant nuire aux terres où les membres de la Communauté vivent et conduisent leurs activités[cccxcv].

1. ***Droits économiques, sociaux et culturels*** (DESC)

À l'automne de 2001, la Commission canadienne des droits de la personne, ainsi que ses homologues provinciales et territoriales, est intervenue devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Gosselin*[cccxcvi]. Cette affaire soulevait la question de savoir si les règlements du Québec concernant l'aide sociale contrevenaient aux droits à l'égalité en excluant de leur portée les personnes âgées entre 18 et 30 ans, et s'ils contrevenaient au droit à la sécurité de la personne. Sur ce dernier point, on a fait valoir que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) devrait servir de guide persuasif dans l'interprétation de la Charte des droits et libertés. C'est là simplement une façon d'assurer la mise en œuvre au Canada de nos obligations issues des instruments internationaux sur les droits de la personne.

L'art. 2, par. 1, du PIDESC oblige chaque État partie « à agir... en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés »[cccxcvii]. Ces moyens peuvent comprendre le travail accompli par les institutions nationales pour promouvoir et protéger les droits de la personne. Comme l'a indiqué le Comité des DESC des Nations Unies : « ...les institutions nationales pourraient jouer un rôle capital pour ce qui est de promouvoir et de garantir l'indivisibilité et l'interdépendance de tous les droits de l'homme. Trop souvent malheureusement, ce rôle ne leur a pas été accordé, ou alors elles s'en sont désintéressées ou l'ont jugé non prioritaire. Il importe par conséquent au plus haut point qu'elles accordent une attention pleine et entière aux droits économiques, sociaux et cultuels dans le cadre de toutes leurs activités. »[cccxcviii]. Il pourra s'agir d'examiner attentivement les lois existantes, de fournir des conseils techniques ou d'examiner des plaintes.

L'idée de faire relever des tribunaux les droits économiques, sociaux et culturels (ainsi que l'adoption d'un Protocole facultatif accompagnant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels afin d'établir un système de dépôt de plaintes individuelles ou collectives) est examinée par la communauté internationale depuis des années. L'an passé, le

---

[cccxciv] *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community* v. *Nicaragua* (le 31 août 2001), Inter-Am. Ct. H.R. au par. 149.

[cccxcv] Voir *Communiqué de presse* 23/01 de la Cour (le texte de la décision n'était pas disponible au moment de la rédaction de ces lignes).

[cccxcvi] *Gosselin* c. *Le Procureur général du Québec*, CSC n° 27418, appel entendu le 29 octobre 2001.

[cccxcvii] ICESCR, précité note 335.

[cccxcviii] *Le rôle des institutions nationales des droits de l'homme dans la protection des droits économiques, sociaux et culturels* : le 3 décembre 1998. E/C.12/1998/25, observation générale 10 du CDESC. (Observations générales), par. 3.

Haut-Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme a organisé un atelier international sur les moyens de faire respecter les droits économiques, sociaux et culturels, dans le dessein de gagner le soutien de la communauté internationale pour la mise en place, comme le prévoit le Pacte, du mécanisme facultatif proposé en matière de plaintes.

Dans l'affaire *Gouvernement de la République d'Afrique du Sud et Ors* c. *Grootboom et Ors*[cccxcix], la question des DESC, du droit au logement et du Pacte a été soulevée devant la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud. Dans cette affaire, les intimés avaient été expulsés de terrains privés où ils s'étaient installés après avoir quitté le camp de squatters de Wallacedene. Ils ont fait valoir leur droit à un logement adéquat selon les art. 26(1) et (2) de la Constitution sud-africaine, qui oblige le gouvernement « à prendre des mesures raisonnables, notamment législatives, compte tenu de ses moyens, pour donner progressivement effet » au droit de tous à un logement adéquat. La Cour a jugé que le droit d'accès à un logement adéquat présente un lien étroit avec les autres droits socioéconomiques, qui tous doivent être lus ensemble dans le cadre général de la Constitution et au regard de leur contexte social et historique. Pour qu'une personne ait accès à un logement adéquat, il doit y avoir un terrain, des services et une habitation. L'État doit instaurer les conditions d'accès à un logement adéquat pour les gens de tous les niveaux économiques de la société et compte tenu des diverses circonstances, puisque le besoin peut varier d'un endroit à un autre et d'une personne à une autre. Cette décision a été réaffirmée en 2001 dans l'affaire *Ministre des Travaux publics et autres* c. *Kyalami Ridge Environmental Association et autres*[cd], où la Cour constitutionnelle, rappelant l'affaire *Grootboom* et analysant aussi la pratique et la doctrine ayant cours au Canada[cdi], a appuyé la décision du gouvernement sud-africain d'établir dans une ferme pénitentiaire d'État de la région Kyalami un camp de transit pour le logement des victimes des inondations du Township Alexandria en mars 2000.

[cccxcix] CCT38/00 (21 septembre 2000) [ci-après *Grootbroom*].
[cd] CCT55/00 (le 29 mai 2001).
[cdi] Voir par exemple le par. 41, *ibid.*